

ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES 101
UMR DRES 7354

THÈSE présentée par : **Maria Konstantina KIAPEKAKI**

soutenue le : **14 décembre 2021**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit social**

Les partenaires sociaux européens et français et la diversité au travail

THÈSE dirigée par :

Monsieur MOIZARD Nicolas Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame LAULOM Sylvaine Professeur, Université Lyon 2

Madame THARAUD Delphine Maître de conférences HDR, Université de Limoges

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Madame SCHMITT Mélanie Professeur, Université de Strasbourg

À ma famille

Remerciements

Je tiens à remercier toutes les personnes qui ont permis à ce travail d'aboutir. Je souhaiterais tout d'abord remercier bien sincèrement mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Nicolas Moizard, pour son aide, son soutien et ses conseils tout au long de la thèse. Depuis le Master 2, il m'a soutenue et encouragée à poursuivre le parcours doctoral et a toujours été à l'écoute de mes préoccupations.

Je remercie également Madame Mélanie Schmitt, Professeur à l'Université de Strasbourg, pour ses conseils précieux lors de mes comités de suivi et lors de notre collaboration pour la réalisation des travaux dirigés. Je la remercie d'avoir accepté de participer à mon jury de thèse. Je suis également très reconnaissante à Madame Sylvaine Laulom, Professeur à l'Université Lyon 2 et avocat général à la Cour de cassation et à Madame Delphine Tharaud, Maître de conférences HDR à l'Université de Limoges, qui m'ont fait l'honneur d'être les rapporteurs de ce travail de recherche. Je les remercie bien vivement pour l'attention et le temps consacrés à l'évaluation de mon travail.

En outre, il me faut également remercier mon unité de recherche, l'UMR DRES 7354, et l'École doctorale des sciences juridiques ED101, qui ont toujours soutenu mes projets et m'ont permis de participer à des formations et séminaires en France et à l'étranger.

Mes remerciements vont également à tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à ce travail et m'ont soutenue ; à mes collègues à l'Institut du Travail de Strasbourg pour leur bonne humeur et leur soutien durant la dernière année de thèse ; à mes collègues et amis doctorants avec qui j'ai partagé les moments heureux et difficiles de ce parcours : Evdokia, Evelina, François, Julie, Kansu, Lorédane, Marion, Mathieu, Matthieu, Romain, Stefanos. Une mention spéciale à mon ami et collègue Emilien pour son aide et ses conseils au stade très important de la relecture. Ensuite, je ne pourrais pas exclure des remerciements mes amis en dehors du monde universitaire et dont l'amitié a rendu plus agréable ce voyage : Alex, Alain, Aristeia, Gaëlle, Ioanna, Katerina, Maria, Marion, Nassia.

Enfin, les plus grands remerciements doivent être accordés à ma famille : à mon compagnon Camille, qui m'a énormément soutenue et qui m'a convaincue de prendre des pauses quand j'en avais besoin ; à mes parents, dont l'amour et le soutien inconditionnels m'ont permis d'évoluer et d'atteindre mes objectifs ; et à ma sœur, Angeliki, qui est depuis toujours ma meilleure amie et alliée et dont les encouragements ont été des plus précieux pour la réalisation de ces travaux.

Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
aff.	affaire
al.	alinéa
ANI	accord national interprofessionnel
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
Bull. civ.	Bulletin civil
BJT	Bullentin Joly Travail
c.	contre
C. civ.	Code Civil
C.tr.	Code du travail
C.com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Cass. 2 ^e civ.	Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEE	Comité d'entreprise européen
CES	Confédération européenne des syndicats
CESE	Comité économique social et environnemental
CEDS	Comité européens des droits sociaux
CFDT	Confédération française démocratique du travail
CFE-CGC	Confédération Française de l'Encadrement
CFTC	Confédération française des travailleurs chrétiens
CGT	Confédération générale du travail
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPAM	Caisse primaire assurance maladie
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. prud'h.	Conseil de prud'hommes
CPME	Confédération des petites et moyennes entreprises

CSE	comité social et économique
C.tr.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
D. act.	Revue Dalloz actualité
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DGAFP	Direction générale de l'administration et de la fonction publique
dir.	sous la direction de
Dr. soc.	Revue droit social
Dr. ouvr.	Revue droit ouvrier
et al.	et les autres
éd.	édition
Fasc.	Fascicule
FO	Force ouvrière
GADT	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit du travail
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GPEC	gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
Ibid.	ibidem, au même endroit
In	dans
JCP E	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), Édition Entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), Édition Générale
JCP S	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), Édition Sociale
JORF	Journal officiel de la République française
JS	Jurisport
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
n°	numéro(s)
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des Nations Unies
Op. cit.	Opere citato, cité précédemment
Ord.	ordonnance
p.	page
QVT	qualité de vie au travail
RDT	Revue de droit du travail

Rec.	Recueil des décisions de la CJUE
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail Dalloz
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
SSL	Semaine Sociale Lamy
suppl.	supplément
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TJ	Tribunal judiciaire
UE	Union européenne
UES	Unité économique et sociale
v.	voir

Sommaire

Introduction	13
Partie I. Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre de la diversité au travail	37
Titre 1. L'influence des partenaires sociaux dans les racines managériales et juridiques de la diversité	39
Chapitre 1. L'intégration immédiate de la diversité dans le management : une initiative entrepreneuriale	41
Chapitre 2. L'intégration progressive de la diversité dans le droit	78
Titre 2. Le rôle des partenaires sociaux, un rôle de négociateur	157
Chapitre 3. La négociation collective au service de la diversité	159
Chapitre 4. Le contenu de l'accord collectif en matière de diversité au travail	224
Partie II. Le rôle des partenaires sociaux dans l'effectivité de la diversité au travail	292
Titre 1. L'appréciation de l'effectivité juridique en matière de diversité	294
Chapitre 5. La recherche de l'effectivité des instruments en matière de diversité	296
Chapitre 6. Les éléments chiffrés au service du diagnostic et du contrôle de la diversité au travail	341
Titre 2. Le rôle des partenaires sociaux, un rôle de contrôle	397
Chapitre 7. Le contrôle sur la mise en œuvre des mesures de la diversité par la voie juridictionnelle	399
Chapitre 8. Le rôle des représentants des salariés dans la défense de la diversité et des victimes des inégalités	446
Conclusion générale	499

Introduction

« L'être humain est une réalité complexe qui
inscrit dans son environnement une nécessaire
diversité. »¹

Yves Bonnefoy

I. La diversité, une notion aux multiples définitions

1. Le terme « diversité » est apparu au XI^e siècle, emprunté au latin *diversitas*, dérivé de *diversus*². La *diversitas* désigne la divergence ; ainsi, la première signification de la diversité renvoyait à cette notion. Actuellement, le terme est notamment associé à tout ce qui est hétérogène, varié, pluriel, multiple. Il peut être défini d'une double façon : premièrement, le sens originaire du terme désigne ce qui est opposé et contradictoire ; deuxièmement, son sens usuel désigne ce qui est divers, différent, hétérogène, varié³. Le Dictionnaire de l'Académie Française la définit simplement comme le caractère ou l'état de ce qui est divers, c'est-à-dire qui présente plusieurs aspects ou des différences⁴.

2. Durant les années 1990, le terme « diversité » est apparu dans le contexte écologique et environnemental sous le terme « biodiversité ». La biodiversité désigne la diversité biologique qui s'apprécie par la richesse naturelle du monde vivant⁵ : la diversité en espèces (micro-organismes, végétaux, animaux) d'un milieu, leur diversité génétique et les interactions de l'écosystème considéré avec ceux qui l'entourent⁶. Si notre définition se focalise sur les aspects sociaux, culturels et managériaux de la diversité, il n'en reste pas moins qu'il est utile de nous référer à la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, qui opère un parallèle intéressant entre la biodiversité et la diversité culturelle et sociale, cette dernière étant « aussi nécessaire pour le genre humain que la biodiversité dans l'ordre du vivant »⁷. En France,

¹ « Entretien avec Yves Bonnefoy : La poésie peut sauver le monde », *Le Monde de l'éducation*, n°273, septembre 1999, p. 16, propos recueillis par Macha Séry.

² Hervé Marchal, *La diversité en France : impératif ou idéal ?*, Paris, Ellipses, 2010, p. 150.

³ Le trésor de la langue française informatisé,
<http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=3760190220>.

⁴ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e édition.

⁵ *Ibid.*

⁶ Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, Paris, 2014, p. 256.

⁷ Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, 2 novembre 2001, propos introductifs du Directeur général Koichiro Matsuura et art. 1^{er}.

ce parallèle était soutenu par l'ancien secrétaire d'État en charge de l'écologie, Nathalie Kosciusko-Morizet⁸ : en effet, comme la biodiversité apporte de la richesse, de la pérennité et de la résilience aux écosystèmes, de la même manière, la diversité culturelle est nécessaire pour la pérennité et le renforcement de la société et du genre humain⁹.

En dehors du cadre biologique et environnemental, la diversité a fait l'objet de plusieurs définitions. Thomas RR Roosevelt Jr¹⁰ définit la diversité comme un ensemble de différences et de similarités qui produisent des tensions et complexités dans un certain groupe ou collectivité. Il précise que la notion de diversité ne peut pas être employée toute seule : elle se réfère toujours à un groupe ou une collectivité de quelque sorte, par exemple des salariés, des clients ou des citoyens. De surcroît, elle présente des facettes multiples. Par conséquent, il ne suffit pas de caractériser un groupe comme « diversifié » : il faut aussi préciser par rapport à quel aspect (par exemple l'âge, l'ethnie, la race, le genre) ce groupe est diversifié.

Concernant la notion de diversité au sein de l'entreprise, le concept a été construit progressivement par des évolutions historiques, politiques et sociologiques. Son origine se trouve aux États-Unis, où l'apparition de la diversité est liée à la lutte contre les inégalités persistantes inhérentes au douloureux héritage de l'esclavage et de la ségrégation¹¹. Juridiquement, elle se concrétise dans les années 1960 à travers la mise en place des *affirmative actions*. Une série de décrets présidentiels et de lois¹² et un riche contentieux¹³ ont abouti au

⁸ Entretien effectué par Réjane Sénac dans le cadre de son livre *L'invention de la diversité*. Réjane Sénac, *L'invention de la diversité*, Paris, Puf, 2012, pp. 41-42.

⁹ Ce parallèle ne semble pas avoir échappé aux partenaires sociaux : citons l'exemple de l'accord du groupe Oracle France intitulé « accord relatif à la diversité et à l'ouverture de l'écosystème » : en employant le terme « écosystème », les signataires ne se réfèrent pas à un enjeu écologique ou environnemental, mais au développement de l'entrepreneuriat et à la collaboration avec des start-up actives dans le domaine du numérique. Accord Oracle France SAS relatif à la diversité et l'ouverture de l'écosystème du 18 avril 2014.

¹⁰ Thomas R. Roosevelt Jr., *World class diversity management: a strategic approach*, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2010, p. 2.

¹¹ Marie Mercat-Bruno, « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine », In *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Frédéric Guimard, Sophie Robin-Olivier (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 64, Hervé Marchal, *op.cit.*, p. 42.

¹² V. notamment : Executive Order 10925 du Président John F. Kennedy établissant le Comité présidentiel Equal Employment Opportunity, 6 mars 1961, Civil Rights Act de 1964 mettant fin à la ségrégation dans les endroits publics et interdisant la discrimination à l'emploi, Executive order 11246 du Président Lyndon Johnson du 24 septembre 1965.

V. aussi Frank Dobbin, *Inventing equal opportunity*, Princeton, Princeton University Press, 2009, Marie Mercat-Bruno, « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine », *op.cit.*, p. 65.

¹³ Au domaine de l'éducation supérieure : *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), *Grutter v. Bollinger*, n°02-241 (2003).

Au domaine de l'emploi : *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009)

régime anti-discriminatoire américain actuel et à la consécration de la diversité, qui a notamment été développée afin d'examiner la prise en compte du critère ethno-racial pour l'admission au sein des grandes universités américaines. L'arrêt fondateur *Regents of the University of California v. Bakke* de 1978¹⁴ consacre juridiquement la diversité et la transforme en justification des traitements préférentiels, un motif noble susceptible de justifier une politique de discrimination positive¹⁵. Une première distinction conceptuelle est opérée : là où l'*affirmative action* était centrée sur la repentance des torts passés, la diversité est tournée vers l'avenir¹⁶.

Parallèlement à cette évolution juridique liant la diversité à l'*affirmative action*, la diversité au travail se cristallise différemment au niveau managérial : initialement, au sein des grandes entreprises américaines et par la suite, répandue globalement. Il nous paraît important de traiter la diversité également sous son angle managérial. Avant que la diversité s'associe aux politiques antidiscriminatoires, elle est apparue en tant qu'outil managérial de gestion des ressources humaines¹⁷. Ces racines managériales sont toujours apparentes, qu'il s'agisse d'accords collectifs, d'initiatives privées ou de textes de valeur juridique différée abordant la diversité. Au sein des préambules de ces textes expliquant la motivation sous-tendant la mise en place de la diversité en entreprise, l'on retrouve toujours des objectifs managériaux liant la diversité à la performance, à l'efficacité économique et à la fameuse théorie du *business case* de la diversité. La diversité entre ainsi dans le débat managérial, juridique et économique du rapport entre l'éthique et les affaires¹⁸. Le Professeur Paul F. Smets s'est posé une question très

V. aussi Gwénaële Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis : le problème de la discrimination "positive"*, Paris, LGDJ, 1998 ; Daniel Sabbagh, « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004/4 (n°111), pp. 15-16, Daniel Sabbagh, « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, Presses de Sc. Po., vol. n°35, 2009/3, p. 41, Marie Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013.

¹⁴ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

¹⁵ Daniel Sabbagh, « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *op.cit.*, p. 34.

¹⁶ Morgan Sweeney, *L'égalité en droit social, au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse, Université Paris X Nanterre, 2010, dact., p. 653.

¹⁷ Thomas R. Roosevelt Jr., *op.cit.*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, EMS Management & société, Cormelles-le-Royal, 2010, Anne-Françoise Bender, Frédérique Pigeyre, « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, EMS Management & société, Cormelles-le-Royal, 2010, Hélène Garner-Moyer, « Gestion de la diversité et enjeux de GRH », *Management & Avenir*, 2006/1 (n°7), pp. 23-42.

¹⁸ Gérard Farjat, « L'éthique et le système économique, une analyse juridique », In *L'éthique dans les Relations économiques Internationales : en hommage à Philippe Fouchard : colloque*, Alexandrie, 28 avril 2005, Ahmed El Kosheri (dir.), Paris Pedone, 2006, Donald P. Robin, R. Eric Reidenbach, *Business ethics : where profits meet value systems*, Englewood Cliffs, N.J, Prentice Hall, 1989, Ferdinand Edimo Nana, « Éthique et partage du profit

pertinente par rapport à la gestion de l'éthique par l'entreprise, qui se transcrit également en matière de diversité : « un combat pour les valeurs a commencé, mais s'agit-il d'un grand pari, d'une opportunité stratégique, d'un travail créatif en équipe, ou d'un camouflage bavard ou sophistiqué d'intérêts mercantiles ? »¹⁹ Même si les recherches empiriques ne sont pas concluantes en ce qui concerne la corrélation entre la diversité de la main d'œuvre et l'amélioration de la performance²⁰, l'on remarque une véritable conviction de la part d'une grande partie d'acteurs sur les bienfaits performatifs de la diversité.

3. En France, la diversité a été particulièrement promue politiquement, notamment à partir des années 2000, afin de souligner la pluralité culturelle du pays et sa richesse. En 2007, Jacques Chirac proclame, dans son dernier discours en tant que Chef d'État : « Le vrai combat de la France, le beau combat de la France, c'est celui de l'unité, c'est celui de la cohésion. Oui, nos valeurs ont un sens ! Oui, la France est riche de sa diversité ! Oui, l'honneur de la politique, c'est d'agir d'abord pour l'égalité des chances ! C'est de permettre à chacun, à chaque jeune, d'avoir sa chance. »²¹ Nicolas Sarkozy a également défendu la diversité et l'inclusion « des minorités visibles » à plusieurs reprises et a confié en 2008 à M. Yazid Sabeg la mission de « commissaire à la diversité et l'égalité des chances »²². Le 11 février 2021, Emmanuel Macron a quant à lui utilisé le réseau social Twitter pour communiquer en ce sens : « la diversité est une richesse pour nos institutions, il nous faut la porter et la valoriser. Faire que le Label Diversité soit attribué à l'ensemble des ministères d'ici 2022 : c'est l'objectif de notre agenda

en droit du travail », In *L'entreprise face à l'éthique du profit*, Georges Virassamy (dir.), Paris, L'Harmattan, 2008, Amartya Sen, « L'éthique des affaires a-t-elle un sens d'un point de vue économique ? », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, 2011, pp. 49-51.

¹⁹ Paul F. Smets, *Éthique ou cosmétique ? Le retour des valeurs dans un monde paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 75.

²⁰ Vincent Frigant, « Beyond The Business Case and Sustainable chain management: Why Do We Need to Build a Theory of Interfirm Social Responsibility? », *M@n@gement*, 2015, vol. 18(3), pp. 234-235, Byron J. Hollowell, « Examining The Relationship Between Diversity And Firm Performance », *Journal of Diversity Management*, 2007, Volume 2, Number 2, p. 51, Leon. C. Prieto, Simone T. A. Phipps, John K. Osiri, « Linking Workplace Diversity To Organizational Performance: A Conceptual Framework », *Journal of Diversity Management*, 2009, Volume 4, Number 4, Orlando C. Richard, « Racial diversity, business strategy, and firm performance: A resource based view », *Academy of Management Journal*, 2000, 43(2), p. 164-177, Thomas Kochan et al., « The effects of diversity on business performance: Report of the diversity research network », *Human Resource Management*, 2003, 42(1), p. 3-21, Brigid Trenerry, Yin Paradies, « Organizational Assessment: An Overlooked Approach To Managing Diversity And Addressing Racism In The Workplace », *Journal of Diversity Management*, 2012, Volume 7, Number 1, p. 11, Jean-Marie Peretti, « Politique de diversité et performance de l'organisation », *Entreprise éthique* n°34, avril 2012, p. 20.

²¹ Présidence de la République, Jacques Chirac Allocution du 11 mars 2007, retranscrit sur le site internet du journal Le Monde, https://www.lemonde.fr/societe/article/2007/03/11/l-integralite-de-l-allocution-de-jacques-chirac_881707_3224.html.

²² Décret du 19 décembre 2008 confiant une mission à un commissaire à la diversité et l'égalité des chances-M. Sabeg. Cette mission a pris fin en 2012 (Décret du 19 juillet 2012 portant fin des fonctions du commissaire à la diversité et à l'égalité des chances-M. Sabeg).

égalité des chances ». En mars 2021, il charge un comité scientifique nommé « Portraits de France »²³, présidé par l'historien Pascal Blanchard, d'aider les élus à renouveler les noms des rues ou des bâtiments publics à partir d'une liste de personnalités « issues de la diversité ». Cette liste, qui contient les noms des 318 personnalités issues des Outre-Mer, des anciennes colonies ou de l'immigration, a été établie afin de reconnaître la diversité de l'histoire de la France.

4. Malgré ce soutien politique et médiatique, il n'existe pas, en droit français, de définition et d'encadrement juridique de la diversité. La véritable consécration de la diversité a été accomplie par la Charte de la Diversité en entreprise de 2004²⁴, qui la définit dans son glossaire comme « la variété de profils humains qui peuvent exister en sein d'une entreprise ». Il s'agit de l'aboutissement d'un travail acharné de l'Institut Montaigne qui, au cours des années 2000, a publié une série de rapports sur différents aspects de la diversité, le plus important étant le rapport introduisant la notion de diversité, intitulé « Les oubliés de l'égalité des chances » de Yazid Sabeg et Laurence Méhaignerie²⁵. Sous le prisme de la Charte, les profils se différencient selon une liste non-exhaustive de critères qui comprend l'origine, la région, le quartier, le patronymique, la culture, l'âge, le sexe, l'apparence, physique, les diplômes, le handicap, etc.

Le second point culminant de la concrétisation de la diversité en France est l'adoption de l'accord national interprofessionnel (ANI) sur la diversité de 2006²⁶. Là encore, la diversité n'est pas définie en tant que telle ; l'accord laisse aux parties volontaires, notamment les partenaires sociaux, le soin de définir et de délimiter ce terme. Quant à la définition du concept par les partenaires sociaux, l'étude sur 80 accords d'entreprise, accomplie en 2014 par la direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques (DARES)²⁷, montre que la définition de la diversité demeure hétérogène et diffère selon l'entreprise. En revanche, il est possible de repérer des éléments et des concepts communs, présents dans la majorité des accords : la valorisation des différences des profils humains, la non-discrimination, l'égalité

²³ Ministère chargé de la Ville, Agence nationale de cohésion des territoires, *Portraits de France*, mars 2021, <https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/sites/default/files/2021-03/Portraits-de-France-PRINT-2.pdf>.

²⁴ Charte de la diversité du 22 octobre 2004, page officielle, <http://www.charte-diversite.com/charte-de-la-diversite/>, v. aussi Réjane Sénac, *op.cit.*, p. 8.

²⁵ Yazid Sabeg, Laurence Méhaignerie, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Institut Montaigne, janvier 2004, [https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_oublies-de-egalite-des-chances\(2\).pdf](https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_oublies-de-egalite-des-chances(2).pdf).

²⁶ Accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006.

²⁷ Hélène Garner, Magali Recoules, « Égalité, diversité, discrimination : Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité », Document d'études, DARES, n°182, Juin 2014.

des chances et de traitement²⁸. Le flou qui caractérise la notion de la diversité est accompagné d'une confusion entre celle-ci et les autres notions qui lui sont associées. Un travail de définition est par conséquent nécessaire afin de ne pas confondre la diversité avec les termes qui, souvent, l'accompagnent : la lutte contre les discriminations, l'égalité de traitement et l'égalité des chances.

5. **Égalité, discrimination et diversité.** Il convient de mettre en lumière le lien entre l'égalité et la diversité, ces deux notions servant un objectif commun : éliminer les décalages entre droit et fait²⁹. Une distinction doit être opérée entre le droit de l'Union européenne (UE) et le droit interne. En droit de l'UE, l'égalité de traitement est apparue pour la première fois dans le cadre de l'égalité entre ressortissants communautaires et nationaux³⁰, avant d'être par la suite étendue pour inclure l'égalité de traitement entre hommes et femmes³¹ et l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail³². À l'opposé du droit national, le droit de l'UE n'opère pas de distinction nette entre les concepts d'égalité de traitement et de non-discrimination, ces derniers étant considérés comme synonymes ou complémentaires³³. Ainsi, la Charte des droits fondamentaux de l'UE, dans son titre III, se réfère à l'« égalité en droit » et à la « non-discrimination »³⁴. Cette complémentarité est affirmée par la jurisprudence de la Cour de justice et l'affaire Rückdeschel³⁵, qui consacre le principe général d'égalité et définit la non-discrimination comme « *l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire* ».

Quant au concept d'égalité des chances, il occupe une place de plus en plus centrale dans les efforts visant à construire l'Europe sociale. Publié par la Commission européenne le 26 avril 2017, le socle des droits sociaux regroupe trois objectifs : l'égalité des chances et l'accès au marché du travail, les conditions de travail équitables, et la protection et l'inclusion sociales.

²⁸ *Ibid.*, pp. 22-25.

²⁹ Jacqueline Laufer, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, Paris, La Découverte, 2014, p. 27.

³⁰ Règl. (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 oct. 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

³¹ Dir. 76/207/CEE du 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle.

³² Dir. 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

³³ Michel Miné, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 66, Jérôme Porta, « Égalité, discrimination, et égalité de traitement-à propos des sens d'égalité dans le droit de la non-discrimination (1^{re} partie) », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 290.

³⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 26 octobre 2012, C 326/391.

³⁵ CJCE, 19 oct. 1977, *Ruckdeschel c/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen*, aff. jointes 117/76 et 16/77, Rec. 1753.

Ce socle exprime une volonté politique et constitue juridiquement une recommandation ou incitation visant à accorder une meilleure visibilité et effectivité à des droits déjà consacrés au niveau de l'UE³⁶. Le plan d'action qui accompagne ce socle a déjà donné lieu à une série d'actions et de stratégies telles que la recommandation concernant un soutien actif et efficace à l'emploi (EASE) à la suite de la crise de la COVID-19, la stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes, le plan d'action de l'UE contre le racisme, des mesures de soutien à l'emploi des jeunes et la nouvelle stratégie relative aux droits des personnes handicapées pour la période 2021-2030³⁷.

6. En droit interne, le concept d'égalité a parcouru un chemin beaucoup plus complexe. L'égalité de traitement impose que toutes les personnes qui se trouvent dans une situation identique doivent être traitées d'une façon identique. D'origine jurisprudentielle, l'égalité de traitement se limitait initialement à l'égalité de rémunération avec la consécration du principe « à travail égal, salaire égal »³⁸ mais son champ matériel s'est rapidement étendu pour couvrir tout type d'avantage³⁹.

Une classification particulièrement éclairante a été opérée par le Professeur Jérôme Porta, qui opère une distinction entre l'égalité de droit, ou égalité formelle, et l'égalité de fait ou égalité réelle, substantielle ou matérielle⁴⁰. L'égalité formelle est définie comme une égalité juridique, une égalité abstraite. Elle peut prendre deux formes : l'égalité devant la loi, qui implique que la norme juridique s'applique de façon égale aux situations et aux individus qu'elle vise, et l'égalité dans la loi, qui vise le contenu de la norme et implique que celle-ci ne distingue pas les sujets de droits de manière jugée illicite⁴¹. À cette égalité formelle s'oppose l'égalité dite « réelle », « substantielle » ou « matérielle », les trois notions étant souvent confondues. L'égalité réelle se réfère aux résultats, aux données chiffrées, par exemple aux quotas. Le

³⁶ Sylvaine Laulom, Jean-Philippe Lhernould, « Quelle Europe sociale nous prépare le socle des droits sociaux ? », *RDT*, 2017, p. 455.

³⁷ Commission européenne, Communiqué de presse, *Le socle européen des droits sociaux : transformer ses principes en actions concrètes*, 4 mars 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_820.

³⁸ Cass. soc. 29 octobre 1996, *Ponsolle*, *Bull.civ.* V, n°356, *GADT*, n°68, p. 253, Antoine Lyon-Caen, « De l'égalité de traitement en matière salariale : à propos de l'arrêt Ponsolle. Cass. soc. 29 octobre 1996 », *Dr. soc.*, 1996, p. 1013, Antoine Lyon-Caen, « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT*, n°1, 2006, p. 16, Christophe Radé, « Variations autour de la justification des atteintes au principe « à travail égal, salaire égal » », *Dr. soc.*, 2009, p. 399.

³⁹ Cass. soc. 10 juin 2008, *Air France*, n°06-46000, *Bull.civ.* V, n°130, Sandrine Maillard, « Égalité de traitement dans les relations individuelles de travail », *D. act.*, 23 juin 2008, Christophe Radé, « Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail », *Dr. soc.*, 2008, p. 981.

⁴⁰ Jérôme Porta, « Égalité, discrimination, et égalité de traitement-à propos des sens d'égalité dans le droit de la non-discrimination (2^e partie) », *RDT* 2011, p. 354.

⁴¹ Jérôme Porta, *op.cit.*

législateur a employé ce terme dans la loi de 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁴², une loi prenant des mesures concrètes au niveau du congé parental. En effet, l'utilisation des éléments chiffrés est un sujet épineux, qui a provoqué nombreux débats sur les aspects sensibles de la diversité, tels que la race ou la religion. L'égalité substantielle se réfère à la capacité des individus d'accéder de façon égalitaire à des biens sociaux, par exemple aux aménagements raisonnables appliqués pour que les salariés handicapés puissent accéder à leur lieu du travail. Enfin, l'égalité matérielle se réfère à des situations factuelles qui placent certaines catégories d'individus dans une situation de désavantage et sur la manière dont ces situations peuvent être compensées. Par exemple, la situation de grossesse rend obligatoire pour les femmes une absence prolongée, créant ainsi une situation de désavantage par rapport à leurs collègues masculins⁴³.

De cette égalité dite « substantielle », « matérielle » ou « réelle » est apparue progressivement la notion d'égalité des chances. Ce concept présente une complexité particulière, qui est également familière en matière de diversité : il s'adresse à ceux qui ne sont pas encore en état de contester et auxquels doit être assurée une chance égale⁴⁴. L'émergence de la notion d'égalité des chances est ainsi le résultat de l'insuffisance de l'égalité de traitement de combattre effectivement les inégalités. Lorsque des catégories de sujets de droit sont en désavantage par rapport à d'autres, le traitement égal n'est pas suffisant pour compenser ce désavantage. Une égalité de traitement ne suffit pas, il faut une action, une action dite « positive » afin de compenser ce désavantage. La notion d'action positive, que nous allons analyser plus avant dans notre travail, a été introduite en droit français sous l'impulsion du droit de l'Union européenne via la directive 76/207⁴⁵, mais constitue toujours un point de débat pour les partenaires sociaux lors de la négociation d'accords collectifs en matière de diversité.

Selon d'autres auteurs, il est possible de procéder à une classification encore plus nette de ces termes en mettant l'accent sur la finalité liée à chacun d'entre eux par les entreprises⁴⁶ : l'égalité de traitement est liée à une logique juridique, l'objectif des entreprises étant d'éviter les risques

⁴² Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁴³ Jérôme Porta, *op.cit.*

⁴⁴ Jacques Bidet, « Égalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation », In *L'égalité des chances, Analyses, évolutions, perspectives*. Gilles J. Guglielmi (éd.) Paris, La Découverte, « Recherches », 2000, p. 51-67.

⁴⁵ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 févr. 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail, *JOCE* L. 39/40.

⁴⁶ Hédia Zannad, « Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion », *Humanisme et Entreprise* 2009/5 (n°295), p. 39.

pénaux associés à la discrimination ; l'égalité des chances représente la logique sociale et renvoie aux notions de légitimité, du reflet de bassin d'emploi au sein du personnel d'une entreprise, de l'attractivité de l'entreprise et des politiques RSE ; enfin, la diversité s'inscrit dans une logique économique visant l'accès à une main d'œuvre plus diversifiée qui fournira aux entreprises l'innovation et la créativité et servira comme outil contre le danger de pénurie des talents. De ce point de vue « l'égalité de traitement est enchâssée par l'égalité des chances, qui est elle-même enchâssée par la diversité »⁴⁷.

7. Ce débat reflète l'évolution de l'interprétation du concept de l'égalité : d'une égalité formelle à une égalité réelle, d'une négation des différences à la prise en compte de la différenciation⁴⁸. Le concept qui nous permet de mieux concevoir la diversité sous un prisme juridique est celui de la différenciation, concept consacré par la jurisprudence de la CJUE⁴⁹ et de la CEDH⁵⁰ dans leur interprétation du principe d'égalité. Ce principe impose un traitement identique de situations comparables, tout en justifiant les différenciations par des critères objectifs. La différenciation se fonde sur le fait que le droit distingue lui-même différentes catégories, dans l'objectif de s'adapter à la diversité des réalités sociales : ainsi, bien que la discrimination sur le sexe soit bien interdite, la différenciation est permise pour protéger, par exemple, la situation particulière de la femme enceinte⁵¹. La question complexe de la légitimité de la reconnaissance des différences nous occupera particulièrement dans notre analyse de la diversité : les frontières entre l'égalité de traitement et l'égalité des chances, d'un côté, et la différence de traitement discriminatoire, de l'autre, ne sont pas toujours nettes⁵², notamment en présence de mesures de discrimination positive ou d'actions positives⁵³.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Frédéric Edel, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, vol.49, n°1, 2009, p. 213-242.

⁴⁹ CJCE, 19 oct. 1977, *Ruckdeschel c/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen*, aff. jointes 117/76 et 16/77, Rec. 1753 ; CJCE, 19 oct. 1977, *Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson c/ Office interprofessionnel des céréales*, aff. jointes 124/76 et 20/77, Rec. 1795 ; CJCE, 25 oct. 1978, *Koninklijke Scholten-Honig c/ Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, aff. 125/77, Rec. 1991 ; CJCE, 25 oct. 1978, *Royal ScholtenHonig c/ Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. jointes 103 et 145/77, Rec. 2037

⁵⁰ CEDH, 6 avr. 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. n°34369/97, *RTD civ.* 2000. 434, chron. Marguénaud.

⁵¹ Aurélie de Tonnac, « Différenciation », In *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Delphine Tharaud, Caroline Boyer-Capelle (Dir.), Paris, L'Harmattan, 2021, p. 100.

⁵² Amélie Gogos-Gintrand, « L'égalité de traitement des salariés ou l'éternelle question de la légitimité des différences », *Dr. soc.*, 2012, p. 804.

⁵³ Morgan Sweeney, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT* 2012, p. 87, Arnaud Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur.* 2001, pp. 305-335, Jeannette Bougrab, *Les discriminations positives : coup de pouce à l'égalité ?*, Paris, Dalloz, 2007, Franck David, *La notion de discrimination positive en droit public français*, thèse, droit, ANRT, Université de Poitiers, 2001, Delphine Tharaud, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, Gwénaële Calvès, *La discrimination positive*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

Cependant, la diversité paraît incompatible avec une autre facette de l'égalité, qui constitue une particularité du droit français : l'égalité républicaine. La diversité, sous le prisme de l'idéal républicain, acquiert un caractère universaliste qui empêche la formation d'identités culturelles et ethniques, puisqu'une telle admission conduirait à l'admission de l'existence de communautés pourvues de droits spécifiques⁵⁴. Cette incompatibilité a été démontrée par le Rapport de Simone Veil sur le Préambule de la Constitution⁵⁵ : à la question d'une potentielle constitutionnalisation de la diversité, le rapport répond par la négative. Tout en reconnaissant le besoin de mettre en œuvre des mesures rectificatrices pour les « personnes issues des minorités ou de la diversité », le rapport considère que le cadre juridique existant permet, malgré les contraintes, la mise en place d'actions positives, et qu'une consécration juridique de la diversité pourrait cacher des effets pervers : « l'affaiblissement du vivre ensemble » par le rattachement des citoyens à telle ou telle communauté, ou encore la tension entre les différentes communautés mises en avant dans le cadre d'une politique pour la diversité⁵⁶. Dans notre recherche, nous allons examiner comment la diversité et les moyens employés en son nom, qu'il s'agisse d'actions positives ou de l'emploi de statistiques ethniques, peuvent coexister avec l'égalité républicaine et évoluer au sein du cadre légal français.

8. Selon un article datant de 1961 du Professeur Jean Rivero et relatif aux notions d'égalité et de non-discrimination, « les deux pentes culminent [...] vers le même sommet ; l'erreur serait de les considérer isolément »⁵⁷. La discrimination se définit comme la « différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par application des critères sur lesquels la loi interdit de fonder des discriminations juridiques arbitraires (sexe, opinions politiques, situation de famille, état de santé, handicap, origine appartenance (vraie ou supposée) à une nation, une ethnie ou une race, activité syndicale) ou au détriment de certaines personnes morales en raison des mêmes critères

⁵⁴ Gwénaële Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis : le problème de la discrimination "positive"*, *op.cit.*, pp. 120-121, Annie Junter, Réjane Sénac, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, 2010/3 (n°114), p. 167-195.

⁵⁵ Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution présidé par Simone Veil, Rapport au Président de la République, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, décembre 2008.

⁵⁶ *Ibid.* p. 56.

⁵⁷ Jean Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1965, p. 360, v. aussi Lucie Cluzel-Métayer, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'état et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

appréciées sur la tête de leurs membres »⁵⁸. L'article 2 de la directive 2000/78 du Conseil⁵⁹ nous fournit des définitions juridiques claires de la discrimination directe et indirecte : la discrimination directe se produit « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait » sur le fondement de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle ; la discrimination indirecte, quant à elle, « se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes ». La liste des motifs discriminatoires a été enrichie progressivement par le législateur français⁶⁰. Les motifs discriminatoires légaux sont souvent présentés au sein des accords diversité sous une double facette, qui peut sembler contradictoire : d'un côté, les partenaires sociaux y font référence dans le cadre des démarches de lutte contre les discriminations et de l'autre, ils les emploient en tant qu'éléments à prendre en considération dans le cadre de leurs politiques de diversité : ainsi, par exemple, les accords collectifs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination sur le motif du sexe, tout en présentant ce même motif comme un élément de diversité, en adoptant des actions afin d'améliorer la représentation du sexe sous-représenté en entreprise. La diversité, bien qu'intrinsèquement liée aux notions d'égalité et de non-discrimination, suit un chemin différent de ces notions, par son origine managériale mais aussi par ses objectifs, qui regroupent à la fois des intérêts juridiques, économiques et sociaux.

9. **Stéréotypes et préjugés.** Les stéréotypes et les préjugés constituent deux notions non-juridiques qui sont toutefois souvent employées au sein des accords de diversité : ils font partie des éléments à éliminer afin de garantir un processus de recrutement et de promotion transparent et atteindre les objectifs fixés par les accords en matière de diversité. La question qui se pose dans le cadre des accords collectifs en matière de diversité consiste à savoir si, et comment, il est possible d'échapper aux stéréotypes construits consciemment ou inconsciemment. Cette question s'intègre beaucoup plus largement au domaine de la

⁵⁸ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd, Paris, Quadrige, Puf, 2020, p. 349.

⁵⁹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *Journal officiel n°L 303 du 02/12/2000 p. 0016 – 0022*. Elle a été transposée en droit français par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation en droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁶⁰ La multiplication des critères de discrimination a suscité un débat quant à l'appropriation des critères, tant par le justiciable que par le juriste. Défenseur des droits, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Actes du colloque Paris, 2019.

psychologie sociale qu'aux domaines juridique, managérial ou économique, domaines qui nous intéressent principalement en matière de diversité. Toutefois, une approche pluridisciplinaire est nécessaire et l'on retrouve dans presque tous les accords étudiés des actions de formation et de sensibilisation à ces fins.

Le terme « stéréotypes » est également souvent lié à la lutte contre les discriminations, l'existence des stéréotypes étant à la source de traitements différenciés. Il s'agit d'un ensemble d'hypothèses sur un individu ou une situation, fondées sur une expérience antérieure ou des normes culturelles⁶¹. Il est beaucoup plus compliqué de cibler un stéréotype que de combattre une pratique discriminatoire : de source non-identifiable et d'auteur inconnu, les stéréotypes et préjugés sont souvent ancrés dans l'opinion publique, intériorisés par les auteurs et même par les victimes de discriminations⁶².

Il convient également de distinguer les stéréotypes des préjugés : le stéréotype constitue une croyance, une opinion, une représentation, des généralisations abusives concernant un groupe et ses membres, tandis que le préjugé désigne l'attitude adoptée envers les membres du groupe en question, une attitude négative injustifiable⁶³. De plus, les stéréotypes peuvent être positifs, tandis que les préjugés ne se réfèrent qu'à des jugements purement négatifs⁶⁴. Enfin, les deux éléments ne sont pas toujours présents conjointement : il est possible de constater des stéréotypes envers un groupe sans pour autant qu'une attitude discriminatoire ne soit adoptée à son égard. Il est également possible que les stéréotypes soient partagés par un grand nombre de personnes ou possédés individuellement⁶⁵.

10. L'ANI sur la diversité du 12 octobre 2006⁶⁶ appelle à des actions de sensibilisation concrètes pour identifier et démystifier les stéréotypes, les préjugés et les représentations collectives, et associe les actions en faveur de la diversité à celles de la lutte contre les

⁶¹ « *Stereotyping refers to a set of assumptions held about an individual or situation based on previous experience or cultural norms.* »

Malcolm Sargeant, « Ageism and age discrimination – Introduction », In *Age discrimination and diversity: Multiple discrimination from an age perspective*, Malcolm Sargeant (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 2.

⁶² Delphine Tharaud, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 190 et s.

⁶³ Ruth Amossy, Anne Herschberg Pierrot, *Stéréotypages et clichés*, Paris, Éditions Nathan, 1997, p. 34-35.

⁶⁴ Jacques-Philippe Leyens, Vincent Yzerbyt, Georges Schadrone, *Stéréotypes et cognition sociale*, Sprimont, Mardaga, 1996, p. 26.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁶ *Op. cit.*

stéréotypes, la sensibilisation de tous les acteurs impliqués étant la méthode la plus marquante. La même idée se retrouve au sein du rapport de Yannick L'Horty sur la discrimination dans l'accès à l'emploi public⁶⁷. Ce rapport définit les stéréotypes comme des « raccourcis cognitifs associant les caractéristiques des candidats à des aptitudes » et promeut des méthodes de recrutement pour éviter les jugements de valeur sur la personnalité des candidats qui exposent le jury à toutes sortes de stéréotypes, en proposant la sensibilisation à la thématique de la diversité⁶⁸. Enfin, le Défenseur des droits a également mis l'accent sur l'impact des stéréotypes ancrés en opérant un lien avec les discriminations systémiques : à travers la qualification juridique de l'action de groupe, il s'agit de combattre « des comportements visant à exclure ou à défavoriser de manière volontaire ou non, perpétuant également les effets de décisions anciennes, de discriminations subies, de croyances, de règles qui se maintiennent et de stéréotypes ancrés »⁶⁹.

11. Tout en étant liée avec les objectifs nobles de la non-discrimination et de l'égalité, la diversité est aussi accueillie avec scepticisme en raison de l'absence de cadrage juridique et de ses origines managériales. La position mitigée du Défenseur des droits explique parfaitement les craintes autour de l'emploi du terme « diversité ». Dans son guide « Pour un recrutement sans discrimination » de 2019⁷⁰, le Défenseur des droits insiste sur la distinction entre les notions de diversité et de lutte contre les discriminations et le danger qui consisterait à les confondre : en premier lieu, le concept de diversité n'est pas mobilisable dans le cadre d'un recours, puisqu'il est dépourvu de définition juridique ; en second lieu, le Défenseur craint que certaines démarches de diversité risquent de renforcer les stéréotypes plutôt qu'à les neutraliser, ou encore conduire à l'éviction systématique des candidatures ne répondant à l'objectif de diversité mis en avant par l'entreprise. Pour le Défenseur des droits, l'objectif de la diversification des recrutements doit préférablement passer par la diversification des viviers de recherche de candidatures et non pas par l'exclusion d'une partie de la population. En effet, lorsque l'on emploie le terme « diversité », il convient de se montrer attentif à la définition qu'on lui accorde, aux objectifs qu'on fixe et aux moyens auxquels il est possible de recourir dans le respect du cadre légal. Monsieur Jacques Toubon, ancien Défenseur des droits⁷¹, est

⁶⁷ Yannick L'Horty, Rapport au Premier Ministre, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, juin 2016.

⁶⁸ *Ibid.* p. 41, p. 44.

⁶⁹ Avis 20-01 du Défenseur des droits du 5 février 2020 relatif au bilan et aux perspectives des actions de groupe, p. 3.

⁷⁰ Défenseur des droits, « Guide Pour un recrutement sans discrimination », juin 2019, p. 21.

⁷¹ Jacques Toubon détenait le poste du Défenseur des droits de 2014 à 2020.

intervenu lors de la cérémonie des dix ans du Label Diversité⁷² et s'est positionné quant aux points positifs et négatifs du concept ainsi que sur les pistes d'amélioration envisageables. Il a notamment souhaité alerter en ce qui concerne les limites de la notion de diversité : si la mesure de la discrimination renvoie à une norme et à un objet clairement établis, tel n'est pas le cas pour la diversité. La notion de diversité se révélant dépourvue de portée juridique, identifier ses différentes dimensions semble dès lors complexe. Bien que mesurer la diversité vise davantage à refléter les proportions des différents groupes de personnes à l'intérieur des organisations, il est compliqué de déterminer si l'on se trouve dans le « bon niveau » ou le « mauvais niveau » de diversité. La diversité visible (être une femme, être handicapé, être noir) et la diversité réelle (les opinions, la religion, le parcours scolaire, les origines géographiques, les expériences professionnelles) ne se recoupent pas nécessairement et en presumant qu'elles se recoupent, la diversité peut parfois participer à ce qui est, du point de vue de Monsieur Toubon, la pire des choses : l'essentialisation des personnes qui sont caractérisées par une différence visible. Ce danger peut être évité en adoptant une approche intersectionnelle et en utilisant des indicateurs susceptibles de refléter la situation et les actions concrètes mises en place dans le cadre d'une politique diversité. Pour faire avancer le débat, il faut toutefois une impulsion politique et une volonté d'action commune⁷³.

Les craintes du Défenseur sont bien réelles mais peuvent également être évitées, notamment par l'intervention des partenaires sociaux qui, lors des négociations pour les accords collectifs, peuvent se montrer plus attentifs et éviter les dangers mettant en cause la diversité mais également la lutte contre les discriminations.

II. Les partenaires sociaux, une force créatrice de droits et obligations

12. Notre intérêt pour l'examen de la diversité sous le prisme de l'action des partenaires sociaux provient des dispositions de l'ANI 2006 : l'inertie du législateur dans l'encadrement du concept donne tout pouvoir de définition et d'action aux partenaires sociaux, qu'il s'agisse des actes unilatéraux du côté patronal ou de la négociation et la conclusion d'un accord collectif. En effet, le manque de cadrage légal permet le développement de la diversité par deux

⁷² Jacques Toubon, « 10 ans du Label Diversité », Intervention dans le cadre de la rencontre pour les 10 ans du Label Diversité organisée par la DGEFP, la DGAFP et AFNOR certifications, 21 oct. 2019, <https://www.dailymotion.com/video/x7p2olu>. Il s'agit d'une rencontre organisée par la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP) et la Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) avec la participation d'AFNOR Certification pour les dix ans du Label Diversité.

⁷³ M. Toubon se réfère notamment aux débats parlementaires autour des indicateurs non-financiers et la crainte que la multiplication de ceux-ci pourrait conduire à une bureaucratie accrue et lourde pour les entreprises.

moyens : par le biais de l'initiative privée individuelle et par l'initiative collective conventionnelle. Dans le premier cas, l'on constate un véritable essor des instruments de diversité appartenant au domaine du droit souple et de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), tels que la Charte de la Diversité de 2004⁷⁴, la création du Label Diversité en 2008⁷⁵ ou encore au niveau européen et international, avec la Charte pour l'inclusion et la diversité⁷⁶ et le Label GEEIS-Diversity de 2017⁷⁷. Sous le prisme de la RSE, la diversité devient une démarche volontaire qui vise à dépasser les obligations légales antidiscriminatoires dans une optique qui peut être à la fois morale, commerciale ou médiatique⁷⁸. Dans le second cas, la mise en place d'une politique en matière de diversité exige le déclenchement d'un véritable dialogue social entre l'employeur/les représentants patronaux et les représentants des salariés. Il nous semble intéressant, et même nécessaire, d'examiner la notion de diversité sous le prisme des acteurs qui ont fait naître la notion au sein de l'entreprise, notamment à travers le processus de dialogue social mais encore par le biais des initiatives propres.

13. **Le dialogue social.** La notion de dialogue social peut être appréhendée de plusieurs façons. Elle peut évoquer « les échanges entre plusieurs acteurs politiques, économiques et sociaux autour de questions d'intérêt général, échanges informels le plus souvent, ne s'inscrivant pas dans des procédures et des cadres institutionnels préétablis »⁷⁹. Par conséquent, en employant l'expression « dialogue social », l'on renvoie à une simple information, à la consultation ou à la négociation, de nature formelle ou informelle, ayant lieu à différents niveaux. Le dialogue social (comme d'ailleurs la diversité) apparaît souvent sans être défini dans les textes légaux, comme un objectif ou un moyen d'atteindre un objectif. Toutefois, cette absence de définition n'affecte pas sa portée juridique⁸⁰.

⁷⁴ Charte de la diversité du 22 octobre 2004, *op. cit.*

⁷⁵ Décret n°2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation.

V. aussi DGAF, *Le Label diversité dans la fonction publique*, septembre 2010.

⁷⁶ Commission Européenne, *Diversity and inclusion charter*, 19 juillet 2017, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/diversity-inclusion-charter-2017-07-19-en.pdf>.

⁷⁷ Arborus, page officielle, *Build a better future based on gender equality and inclusion*, <https://arborus.org/qui-sommes-nous/>.

⁷⁸ Frémeaux Sandrine, Noël-Lemaître Christine, « Une analyse philosophique du management de la RSE : de la difficile conciliation entre l'ordre économique, l'ordre juridique et l'ordre moral », *Management & Avenir*, vol. 73, n°7, p. 107.

⁷⁹ Anette Jobert (dir.), *Les nouveaux cadres du dialogue social*, Europe et territoires, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2008, p. 17.

⁸⁰ Mathieu Hecquet donne l'exemple du Traité de Rome, qui évoque à plusieurs reprises le dialogue social en tant qu'objectif, sans pour autant en fournir une définition. Mathieu Hecquet (travaux universitaires), *Essai sur le dialogue social européen*, Paris, LGDJ, 2007, p. 3.

Il est néanmoins possible de trouver des définitions assez complètes du concept, notamment au niveau européen et international. L'OIT en fournit une définition très détaillée : « le dialogue social inclut tous types de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs selon des modalités diverses, sur des questions relatives à la politique économique et sociale présentant un intérêt commun. Il peut prendre la forme d'un processus tripartite auquel le gouvernement participe officiellement ou de relations bipartites entre les travailleurs et les chefs d'entreprise (ou les syndicats et les organisations d'employeurs), où le gouvernement peut éventuellement intervenir indirectement. Les processus de dialogue social peuvent être informels ou institutionnalisés ou associer – ce qui est souvent le cas – ces deux caractéristiques. Il peut se dérouler au niveau national, régional ou au niveau de l'entreprise. Il peut être interprofessionnel, sectoriel ou les deux à la fois »⁸¹.

Sous le prisme du droit de l'UE, la notion acquiert une signification spécifique et renvoie « au modèle mis en place au niveau communautaire pour valoriser les relations directes entre les organisations patronales et syndicales aux niveaux interprofessionnel et sectoriel »⁸². Le dialogue social est consacré juridiquement dans le TFUE⁸³ et le concept est souvent invoqué et expliqué dans les communications et publications de la Commission⁸⁴. Le dialogue social européen est par conséquent un concept à part, qui englobe « les discussions, les consultations, les négociations et les actions communes entreprises régulièrement par des partenaires sociaux tels que les employeurs et les organisations syndicales. Il porte sur une grande variété de thèmes sociaux et professionnels, et associe parfois les autorités publiques »⁸⁵. Il s'agit d'une catégorie générale regroupant « l'ensemble des processus juridiques prévoyant l'implication des partenaires sociaux dans l'élaboration des normes à cet échelon, mais également au niveau interne dès lors que les organisations nationales contribuent à l'intégration communautaire... Le dialogue social européen revêt ainsi deux formes, l'une bipartite résultant des relations entre

⁸¹ OIT, *Dialogue social*, <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--fr/index.htm>.

⁸² Anette Jobert (dir.), *op.cit.*, p. 17.

⁸³ Art.151-156 du TFUE.

⁸⁴ Communication de la Commission, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, COM (2002) 341 final du 26 juin 2002.

Communication de la Commission, Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen, COM (2004) 557 final du 12 août 2004.

Commission Européenne, *Un nouveau départ pour le dialogue social*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016, ISBN 978-92-79-60837-7 - doi:10.2767/31649 (PDF).

⁸⁵ Commission Européenne, *Un nouveau départ pour le dialogue social*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016, p. 3.

les seuls acteurs sociaux, l'autre tripartite consistant en une interaction entre ceux-ci et les autorités publiques »⁸⁶.

Il est également possible de constater certaines similarités sémantiques concernant les notions de diversité et de dialogue social : il s'agit de notions à plusieurs facettes, dont la définition est fluide et dont l'examen approfondi nécessite une étude pluridisciplinaire. Outre leur intérêt juridique, elles présentent aussi un intérêt sociologique, économique, managérial ou encore politique et elles sont toutes deux présentées comme des facteurs de paix sociale et de performance économique⁸⁷.

14. **Les acteurs.** Le choix de l'expression « partenaires sociaux » pour désigner les acteurs était un choix conscient. Cette expression nous semble en effet plus appropriée, par rapport à « parties prenantes » ou encore « organisations syndicales », pour appréhender l'ensemble des acteurs impliqués dans le dialogue social en matière de diversité.

Les parties prenantes⁸⁸. Au niveau international, et notamment dans le domaine de la RSE, l'expression « parties prenantes » est employée pour désigner les interlocuteurs en matière de dialogue social. Selon le Global Reporting Initiative (GRI), les parties prenantes peuvent inclure les communautés, la société civile, les clients, les actionnaires et autres apporteurs de capitaux, les fournisseurs, les salariés et leurs syndicats : « tout entité ou individu dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit significativement affecté par les activités, les produits et les services de l'organisation déclarante, ou dont les actions peuvent raisonnablement affecter la capacité de l'organisation à mettre en œuvre avec succès ses stratégies et à atteindre ses objectifs »⁸⁹. Il s'agit d'un concept très vaste : par conséquent, il incombe à l'organisation ou l'entreprise elle-même de déterminer les groupes de parties prenantes avec lesquels elle peut dialoguer, ainsi que la démarche et la fréquence de ce dialogue. La norme ISO 26000 fait également référence aux parties prenantes en tant que facteur indispensable pour l'amélioration

⁸⁶ Mélanie Schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 31.

⁸⁷ Bernard Teyssié, *Droit du travail Relations collectives*, Paris, Lexis Nexis, 2018, p. 99.

⁸⁸ Traduction du terme « stakeholders ».

⁸⁹ Traduction de la définition fournie par le GRI pour le terme « stakeholders » : « Entity or individual that can reasonably be expected to be significantly affected by the reporting organization's activities, products and services, or whose actions can reasonably be expected to affect the ability of the organization to successfully implement its strategies and achieve its objectives ».

GRI Standards Glossary 2018, <https://www.globalreporting.org/standards/media/1913/gri-standards-glossary.pdf>.

de la responsabilité sociétale⁹⁰. Enfin, l'Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE) emploie également l'expression « parties prenantes » dans un guide de 2014 analysant les rapports RSE d'un ensemble de grandes entreprises françaises⁹¹. L'ORSE se réfère aux définitions employées par le GRI et les normes ISO, ainsi qu'aux catégorisations réalisées par les entreprises elles-mêmes pour identifier les parties prenantes : parties prenantes directes et indirectes, internes (direction, employés, syndicats) et externes (fournisseurs, clients, banques, collectivités territoriales, ONG, etc.) parties prenantes distinguées par catégories (économique, société civile, communication, publique), parties prenantes par enjeux du développement durable (pilier économique, pilier clients, pilier humain, pilier environnemental et sociétal), ou encore approche contractuelle ou non contractuelle⁹². Parmi ces acteurs, l'on retrouve les syndicats, les instances représentatives du personnel, les salariés, tous les acteurs du dialogue social au sein de l'entreprise, ce que l'on nomme « parties prenantes internes ». C'est sur cette sous-catégorie de parties prenantes que nous souhaitons focaliser notre recherche. Par conséquent, nous avons choisi de ne pas utiliser l'expression « parties prenantes », qui dépasse largement les objectifs de cette étude en ajoutant au débat les relations avec les clients, les actionnaires, les fournisseurs, les collectivités locales ou encore les médias.

15. La représentation collective. La notion de représentation collective se réfère aux « facteurs d'équilibre dans la cité qui donnent une traduction précise à des revendications diffuses et offrent aux entreprises, voire à l'État, l'interlocuteur nécessaire à la conclusion d'accords, instruments d'éviction ou de résolution des conflits »⁹³. L'organe par excellence de représentation collective est le syndicat mais il convient de ne pas omettre les instances représentatives du personnel, qui jouent un rôle de plus en plus important en matière de représentation collective.

⁹⁰ Pour l'organisation internationale de normalisation ISO, l'identification des parties prenantes et le dialogue avec elles sont considérés comme des pratiques fondamentales de la responsabilité sociétale (article 5 de l'ISO 26000). Découvrir ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/fr/PUB100258_fr.pdf.

⁹¹ ORSE, *Comment rendre compte dans les rapports extra-financiers des relations avec les parties prenantes ?*, février 2014, 66 p, <https://www.orse.org/nos-travaux/comment-rendre-compte-dans-les-rapports-extra-financiers-des-relations-avec-les-parties-prenantes>.

⁹² ORSE, *Comment rendre compte dans les rapports extra-financiers des relations avec les parties prenantes ?*, février 2014, p. 10-22, <https://www.orse.org/nos-travaux/comment-rendre-compte-dans-les-rapports-extra-financiers-des-relations-avec-les-parties-prenantes>.

Voir aussi : Sylvie Faucheux, Isabelle Nicolaï, « La responsabilité sociétale dans la construction d'indicateurs : l'expérience de l'industrie européenne de l'aluminium », *Natures Sciences Sociétés* 2004/1 (Vol. 12), p. 35.

⁹³ Bernard Teyssié, *op.cit.*, p. 3.

16. **Les partenaires sociaux.** Un partenaire désigne juridiquement la personne qui participe avec d'autres à des négociations pour la défense de ses intérêts⁹⁴. L'expression « partenaires sociaux » a toutefois acquis une définition spécifique dans le cadre du droit de l'Union européenne⁹⁵ et désigne l'ensemble des organisations professionnelles représentatives d'employeurs et de salariés constituées au niveau européen. Selon la Commission européenne, « les partenaires sociaux occupent une position unique dans la société civile, parce qu'ils sont les mieux placés pour traiter les questions relatives au travail et sont en mesure de négocier des accords engageants [...] Les partenaires sociaux représentent directement les intérêts et les problématiques liés au monde du travail, depuis les conditions de travail jusqu'au développement de la formation continue, en passant par la définition des normes salariales, et, de surcroît, ils ont la capacité de s'engager de façon autonome dans un dialogue qui peut conduire à des accords collectifs portant sur l'ensemble de ces enjeux »⁹⁶. Pour l'ordre juridique de l'Union européenne, les partenaires sociaux représentent à la fois les acteurs d'élaboration et d'exécution des normes institutionnelles et les producteurs de leurs propres normes, parallèlement au droit créé par les autorités publiques⁹⁷.

17. Dans le cadre de notre étude, nous optons pour une définition plus large du terme, qui ne se limite pas à la définition du droit de l'UE mais se construit à son image. Notre définition est également plus large par rapport à la définition proposée par le Doyen Cornu, selon lequel les partenaires sociaux désignent « les parties en présence dans les relations collectives de travail : groupes d'employeurs et groupes de salariés, représentés par leurs organisations syndicales respectives »⁹⁸. Nous avons procédé à la création d'une définition nouvelle du terme « partenaires sociaux » avec un objectif fonctionnel. Les partenaires sociaux désignent ainsi tous les acteurs, patronaux et salariés, participant à l'élaboration et l'exécution des normes en matière de diversité : les membres de la direction participent à la négociation des accords collectifs et sont souvent à l'initiative des démarches en matière de diversité (notamment dans le cadre des politiques RSE et du Label Diversité), les syndicats, qui demeurent les

⁹⁴ Gérard Cornu, *op.cit.*, p. 734.

⁹⁵ Les partenaires sociaux sont des acteurs centraux pour l'implémentation du droit de l'UE au sein des États membres, comme le démontre le TFUE : et notamment les art. 153, 154 et 155. L'art.153154 prévoit que la Commission doit consulter les partenaires sociaux avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, tout en leur donnant la possibilité des procéder eux-mêmes à la négociation d'un accord sur ce même thème. Le processus de la négociation et de la conclusion d'un accord est prévu par l'art. 155.

⁹⁶ Communication de la Commission, *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*, COM (2002) 341 final du 26 juin 2002.

⁹⁷ Mélanie Schmitt, *op.cit.*, p. 31-32.

⁹⁸ Gérard Cornu, *op.cit.*, p. 734.

négociateurs par excellence des accords collectifs et se chargent également du suivi de leur application, mais aussi les instances représentatives du personnel, qui peuvent participer en tant que négociateurs dans les cas prévus par la loi : ainsi, au sein d'une entreprise transnationale à dimension européenne, la conclusion d'accords collectifs ne s'effectue pas uniquement par les organisations syndicales européennes, mais également par les comités d'entreprise européens (CEE)⁹⁹. En droit français, la négociation avec les instances représentatives du personnel est également possible lorsque l'entreprise est dépourvue de représentation syndicale et dans les conditions prévues par la loi¹⁰⁰. En dehors de ces cas exceptionnels, les instances représentatives vont, désormais, participer en tant qu'instances de consultation, de suivi et de contrôle des démarches mises en place. Par conséquent, à l'opposé de l'expression « parties prenantes », qui dépasse ce cadre, et d'expressions comme « organisations syndicales » ou encore « instances représentatives du personnel », qui sont trop restrictives, l'expression « partenaires sociaux » nous semble la plus appropriée pour désigner l'ensemble des acteurs impliqués dans les différents niveaux de la construction d'une norme juridique de droit dur ou de *soft law* en matière de diversité. En effet, il serait restrictif d'étudier la diversité sous l'unique prisme des organisations syndicales : il convient d'inclure les différents acteurs au niveau national et européen du côté patronal (l'employeur et les équipes de direction et de gestion représentant l'employeur) et du côté des salariés (les représentants syndicaux et élus).

18. Il faut également prendre en considération les différents aspects du dialogue social auxquels les acteurs font appel : la négociation des accords collectifs demeure l'outil juridique le plus contraignant et efficace pour mettre en place des mesures pour la diversité en entreprise. Notre intérêt pour le rôle des partenaires sociaux en matière de diversité au travail est indissociable des dernières évolutions législatives ayant modifié profondément le droit du travail français, en accordant une place prioritaire aux accords conclus au niveau de l'entreprise, terrain propice à l'adoption de mesures en matière de diversité. Ainsi, la loi Travail du 8 août

⁹⁹ Élodie Béthoux, Annette Jobert, Laure Machu, Arnaud Mias, « Le dialogue social dans l'espace européen. Branches, entreprises, territoires », In *Les nouveaux cadres du dialogue social. Europe et territoires*, Annette Jobert (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, Collection « Travail & Société », n°61, 2008, p. 15, Élodie Béthoux, « Le dialogue social transnational dans l'entreprise : dynamiques européennes », In *Les nouveaux cadres du dialogue social. Europe et territoires*, Annette Jobert (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, Collection « Travail & Société », n°61, 2008, p. 190 et s., Rémi Dupiré, « Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial », *JCPS S*, 2014, 1066.

¹⁰⁰ Art. L.2232-23-1 et s. C.tr. Voir aussi Ylias Ferkane, « Syndicats et négociation collective », *Dr. soc.*, 2020, p. 119, Patrice Adam, « Négociation collective sans délégué syndical : la loi de l'antiarithmétique », *SSL*, septembre 2019, n°1873, p. 5.

2016¹⁰¹ et, par la suite, les ordonnances du 22 septembre 2017¹⁰², privilégient la voie conventionnelle, avec une hiérarchie d'accords collectifs promouvant le principe de proximité. Les partenaires sociaux sont appelés à assumer de plus en plus de responsabilités, le législateur leur accordant une grande liberté dans la conception, le contenu et les règles procédurales de la norme conventionnelle.

Cependant, la diversité faisant souvent partie des thématiques RSE, d'autres démarches sont employées pour la mise en place de la diversité en entreprise et nécessitent la participation active des partenaires sociaux, par exemple pour la signature de la Charte de la Diversité ou l'obtention du Label Diversité. Les engagements en matière de diversité pris au niveau de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un accord collectif, d'un label ou d'une charte, sont initiés par les partenaires sociaux ou mis en place grâce à leur participation. Par conséquent, dans notre recherche, nous employons l'expression « partenaires sociaux » pour désigner les différents acteurs participant au dialogue social sur la diversité de façon formelle ou informelle, directe ou indirecte, au niveau de l'établissement, de l'entreprise ou de la branche, au niveau national ou européen et international. Sans exclure la connotation spécifique de l'expression au sens du droit de l'UE, l'utilisation que nous en faisons dépasse l'objectif de l'intégration européenne pour également y inclure les enjeux internationaux et nationaux.

19. Enfin, pour opérer un dernier parallèle, les partenaires sociaux étant, au sens du droit de l'UE, « considérés comme des acteurs légitimes de la production normative, aptes à remédier au déficit de légitimité des institutions communautaires »¹⁰³, ils seront appréhendés dans cette étude comme les seuls acteurs aptes à accorder une certaine légitimité juridique à la notion de diversité, notion qui demeure floue et dépourvue de définition légale. À travers les actions des partenaires sociaux, la diversité se concrétise et acquiert un support juridique. Ainsi, même en présence d'une initiative patronale, ce sont les échanges avec les représentants des salariés qui vont nourrir ces instruments, assurer leur contrôle et leur suivi. Par le biais des instruments mis en place ou évalués par les partenaires sociaux, qu'il s'agisse des accords collectifs ou des engagements RSE en la matière, la diversité en entreprise s'accompagne d'engagements juridiques concrets, de plan d'action et d'objectifs à atteindre. Les engagements pris au niveau

¹⁰¹ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁰² Ord. n°2017-1385 et 2017-1386 du 22 sept. 2017.

¹⁰³ Mélanie Schmitt, *op.cit.*, p. 32.

de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un accord collectif, d'un label ou d'une charte, sont initiés par les partenaires sociaux ou mis en place grâce à leur participation.

Méthodologie et intérêt de la recherche

20. Afin de déterminer le rôle des partenaires sociaux dans la diversité au travail, il a nécessairement fallu étudier un nombre important d'accords collectifs. L'étude menée par la DARES avait déjà effectué un important travail d'analyse sur quatre-vingts accords en matière de diversité conclus sur une période de six ans (2006-2011). Pour poursuivre la recherche des « accords diversité » nous avons recouru à la base de données officielles de Légifrance qui, depuis le 1^{er} septembre 2017, contient une liste de tous les accords signés en entreprise, ainsi que la base de données sur les accords d'entreprise transnationaux, établie par l'Organisation Internationale du travail (OIT) et la Commission européenne¹⁰⁴. Le choix des accords présents dans cette thèse a été effectué sur le fondement de critères simples : il fallait que la diversité apparaisse dans le titre de l'accord, et il fallait que l'accord ne se limite pas au seul traitement de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, un phénomène assez courant dans les accords intitulés « diversité ». Pour affiner la recherche, le site Legifrance prévoit déjà une thématique spécifique, qui s'intitule Non-discrimination/ Diversité.

Cependant, la diversité apparaît également souvent sous la forme d'un engagement unilatéral de l'employeur : nous avons par conséquent étudié les différents Labels, Chartes éthiques ainsi que règlements intérieurs où elle apparaît comme un objectif ou occupe une place centrale. Notre objectif consistait à découvrir si des évolutions importantes s'étaient produites depuis la fin de l'étude de la DARES, mais aussi à examiner les intentions des partenaires sociaux (qu'il s'agisse d'un instrument négocié ou d'une initiative unilatérale du côté patronal) et à révéler l'existence de propositions intéressantes et originales susceptibles de faire évoluer le débat en matière de diversité. Cette recherche a conduit à nous interroger sur la corrélation entre la volonté et les intentions des partenaires sociaux et la nature et l'effectivité des mesures de diversité : politique managériale, outil du droit souple ou véritable disposition

¹⁰⁴ Base de données sur les accords d'entreprise transnationaux, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=fr&companyId=&hdCountryId=9&companySize=0§orId=0&year=0&esp=0&geoScope=0&refStandard=&keyword=&disputeRes=ON&mode=advancedSearchSubmit>.

contraignante, la diversité peut se manifester différemment selon les souhaits des acteurs qui la mettent en place.

21. Cette démarche pratique a été accompagnée d'une démarche de recherche théorique et bibliographique. En raison de la pluridisciplinarité caractéristique du concept, nous avons recouru aux sciences de gestion et à la sociologie afin d'examiner les racines et motivations sous-tendant la mise en place de la diversité au travail. Cette recherche demeure avant tout une étude juridique : après avoir étudié la diversité sous le prisme du droit européen, international et français, nous nous sommes interrogés sur l'intérêt d'une action de la part du législateur, ainsi que sur les possibilités et marges de manœuvre dont les partenaires sociaux disposent afin de traiter des aspects sensibles de la diversité, tels que la discrimination raciale et religieuse. La littérature française et anglo-saxonne sur les discriminations au travail, l'égalité de traitement et l'égalité des chances, la discrimination positive et les actions positives est très riche. D'un autre côté, la notion de diversité est analysée par la littérature juridique comme une question souvent distincte, en raison de l'absence d'action par le législateur. Quant aux partenaires sociaux, ils perçoivent la diversité soit comme un allié, soit comme un risque pour les politiques antidiscriminatoires légales. L'absence du législateur et l'emploi d'instruments exclusivement conventionnels ou appartenant au domaine de la RSE nous invitent également à examiner la question de l'effectivité juridique et du véritable apport pratique de la mise en place de la diversité en entreprise sous le prisme de l'internormativité¹⁰⁵.

22. L'intérêt de traiter ce sujet est également renforcé par le fait que peu de travaux universitaires abordent la diversité au travail sous un prisme juridique. En effet, la diversité au travail a été traitée dans le cadre des sciences de gestion¹⁰⁶ ou encore de la sociologie¹⁰⁷. Un grand nombre de travaux universitaires ont été effectués sur les notions connexes à la diversité :

¹⁰⁵ L'internormativité désigne le phénomène des rapports autonomes qui se nouent et se dénouent entre les normes juridiques et les autres systèmes normatifs. Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, LGDJ, 2014 (réédition 2^e éd.1995), p. 147, Jacques Chevallier, « L'internormativité », In *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), vol.4, Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 690.

¹⁰⁶ Par exemple : Sylvie Boisard-Castellucia, *La diversité démographique des équipes dirigeantes, source d'apprentissage individuel et de performance*, thèse, Université du Sud Toulon-Var, 2004, Lidwine Malzeray, *La question de la diversité mise à l'épreuve : le cas du groupe Crédit Agricole SA*, thèse, Université Paris 2, 2014, Julie N'cho, *La place de la diversité dans le processus de gestion des talents*, thèse, Université Toulouse 1, 2019.

¹⁰⁷ Teresa Cal, *Diversité culturelle et égalité : pour une approche dialogique*, thèse, Université Paris 10, 2019.

la discrimination¹⁰⁸, l'égalité en droit¹⁰⁹, ou encore sur des aspects spécifiques de la diversité¹¹⁰. En droit du travail, la seule thèse traitant de la diversité au travail est celle de Madame Marie Peyronnet, qui a produit un travail conceptuel très important sur la notion en droit français¹¹¹. Notre recherche adopte un point de vue différent, en examinant davantage le rôle des acteurs qui participent à la mise en place de la diversité au travail et en nous interrogeant sur leurs motivations, leurs démarches et l'effectivité des outils juridiques à leur disposition.

23. Les partenaires sociaux prennent en considération plusieurs éléments pour la mise en place des instruments en matière de diversité : des intérêts managériaux, des contraintes légales liées à la lutte contre les discriminations ou encore des objectifs liés à la RSE. Notre première partie est consacrée à l'examen de ces différentes facettes de la diversité, les motivations des partenaires sociaux pour sa mise en place ainsi que le contenu qu'ils accordent à la notion de diversité. De la mise en place d'un instrument juridique en faveur de la diversité, émerge indéniablement la question de son effectivité juridique. Les partenaires sociaux sont donc appelés à opérer un diagnostic en matière de diversité et un suivi des différents engagements, tout en étant capables d'agir pour défendre la diversité en cas de manquement. Ils jouent par conséquent un rôle complexe de contrôle, que nous allons examiner dans la seconde partie de cette étude.

¹⁰⁸ Sophie Sereno, *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, Jean-Michel Lattes, *Le principe de non-discrimination en droit du travail*, thèse, Université Toulouse 1, 1989, Vincent Manigot, *La discrimination en entreprise, réflexions sur un risque*, Paris, Lexis Nexis, 2011, Sophie Rossignol, *La reconnaissance des discriminations multiples en droit du travail : état des lieux et perspectives*, thèse, Université de Strasbourg, 2017.

¹⁰⁹ Pierre Mazière, *Le principe d'égalité en droit privé*, thèse, Université Paris 2, 1997, Morgan Sweeney, *L'égalité en droit social, au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, op.cit., Aurélie de Tonnac, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Paris 1, 2019.

¹¹⁰ Quelques exemples sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes : Laurence Nathalie Tur, *L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes*, thèse, Université Pierre Mendès France (Grenoble), 2006, Marie-José Scotto, *Les processus de féminisation et d'égalité professionnelle dans les métiers dits masculins : une analyse quantitative bi-sectorielle*, thèse, Université Clermont-Ferrand 1, 2008, Marine Ponchut, *Le rôle du genre dans la conduite d'une démarche d'égalité professionnelle : cas d'une grande entreprise de transport*, thèse, Université de Strasbourg, 2014.

Sur l'apparence physique : Rhéa Jabbour, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain : approche comparatiste*, thèse, Université Paris 1, 2013.

Sur l'âge : Geoffrey Dumoulin, *L'âge en droit du travail : d'un critère rationnel à un indice pertinent*, thèse, Université Toulouse 1, 2019.

Sur le handicap et l'état de santé : Anna Benioudaki, *Le droit de la discrimination fondée sur le handicap et l'état de santé et sa contribution à la lutte contre la discrimination multiple*, thèse, Université Toulouse 1, Université Aristote (Thessalonique Grèce), 2017, Laurène Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, thèse, Université Paris 10, 2013.

¹¹¹ Marie Peyronnet, *La diversité : étude en droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 2018.

Partie I. Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre de la diversité au travail

24. Les partenaires sociaux jouent un rôle important dans la mise en œuvre de la diversité au travail. Puisque la diversité est une notion dépourvue de définition légale, il leur revient de définir le concept mais aussi son contenu et son apport. Pour acquérir une vision approfondie du concept de la diversité au travail, il est nécessaire d'examiner, dans un premier temps, ses racines managériales et juridiques et comment celles-ci sont employées par les partenaires sociaux au sein des instruments de diversité (Titre premier). Dans un second temps, nous envisagerons plus précisément la négociation collective en matière de diversité, qui constitue l'instrument le plus efficace à la disposition des partenaires sociaux pour faire progresser le débat en matière de diversité au travail (Titre second).

Titre 1. L'influence des partenaires sociaux dans les racines managériales et juridiques de la diversité

25. Pour comprendre le concept de la diversité au travail et son apport, il est indispensable d'examiner ses racines et d'appréhender les différents domaines scientifiques. Il s'agit notamment des sciences de gestion où, à l'initiative du patronat, la diversité a acquis une place exceptionnelle au sein des outils de gestion du personnel (chapitre 1). En ce qui concerne le parcours juridique de la notion de diversité, son intégration dans le milieu juridique est progressive et en constante évolution. Toujours dépourvue de définition légale, la diversité s'appuie sur les textes légaux relatifs à la lutte contre les discriminations ou encore sur des concepts issus de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) (chapitre 2). Lors de la construction du concept de diversité au travail, nous remarquons que les partenaires sociaux influencent et sont influencés par ces éléments managériaux et juridiques : au sein des accords collectifs, nous décelons les bases managériales et juridiques sur lesquelles ils se fondent pour définir les objectifs de la mise en place de la diversité au travail.

Chapitre 1. L'intégration immédiate de la diversité dans le management : une initiative entrepreneuriale

26. Depuis longtemps, le droit et les sciences de gestion étaient considérés comme deux champs disciplinaires autonomes, distincts, séparés par des frontières bien nettes. Toutefois, sous l'influence de phénomènes contemporains tels que la globalisation, la crise économique, l'influence du numérique, nous ne pouvons plus nier les influences mutuelles de ces deux sciences et la nécessité de l'adoption d'une approche globale, juridique et managériale, pour la survie de l'entreprise contemporaine¹¹². Ce besoin a été relevé par l'Assemblée Nationale, dans son étude d'impact relative à la loi d'habilitation¹¹³, qui montre que la contrainte administrative constitue la principale motivation de la négociation et la conclusion des accords collectifs, sans toutefois qu'elle soit suffisante pour apporter des réelles évolutions : « les modifications législatives ne suffiront pas à elles seules à modifier des décennies de pratiques. Il conviendra d'accompagner ce mouvement de nombreuses initiatives, non réglementaires, qui permettront d'installer durablement une culture de la négociation et de la concertation dans le pays, notamment en matière de formation aux techniques de médiation tant en direction des chefs d'entreprise et managers que des représentants du personnel ». Le management ou, pour employer la terminologie française, les sciences de gestion, apparaissent désormais comme un outil d'accompagnement et même de progrès de la construction des normes conventionnelles. Les partenaires sociaux, du côté patronal, sont appelés à assumer un rôle différent, celui du « manager ».

27. Le management joue un rôle encore plus important en matière de diversité. La facette managériale se trouve, pour certains auteurs, à l'origine même de l'intégration de la notion de diversité en entreprise. La sociologue Miléna Doytcheva démontre de façon claire le lien intrinsèque entre diversité et management : « la diversité opère (...) un premier déplacement qui consiste en une mise en distance du droit et de la contrainte juridique, au profit d'une vision gestionnaire et performative qui se construit dans les termes de l'efficacité, de la productivité et de la rentabilité »¹¹⁴. L'influence du milieu patronal est importante, les équipes managériales

¹¹² Gaëlle Deharo, Xavier Struber (dirs), *Penser les relations du droit et des sciences de gestion. Quelle formation juridique pour les managers du XXIe siècle?*, Paris, Dalloz, 2014, p. 1.

¹¹³ Assemblée Nationale, *Étude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures les mesures pour le renforcement du dialogue social*, 27 juin 2017.

¹¹⁴ Milena Doytcheva, *Politiques de la diversité : Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P. I.E. Peter Lang, 2015, p. 57.

se trouvant derrière la mise en place de la diversité au travail. Par conséquent, afin de révéler le rôle des partenaires sociaux dans l'implémentation de la diversité au travail, il nous semble important de bien comprendre l'origine managériale du concept et les objectifs du milieu patronal en la matière. En France, les racines de la diversité sont à rechercher au sein des sciences de gestion (section 1), qui encadrent la notion. Cet intérêt accru du management pour la diversité est dû aux avantages promus en termes de performance de la diversité, une théorie parfois contestée mais soutenue par les équipes managériales des grandes entreprises (section 2).

Section 1. Les sciences de gestion, au cœur de la diversité

28. Dans cette section, nous nous intéressons à l'aspect managérial de la diversité et à son apparition dans le milieu de l'entreprise française. Le débat autour de la diversité s'intègre dans le débat plus large entre l'éthique et la performance. Le terme « éthique d'entreprise » peut être perçu comme un oxymore en soi et il renvoie souvent à l'hypocrisie, à un effort de confiscation de la morale, à la recherche d'un avantage compétitif ou à l'idée d'un « business de la bonne conscience »¹¹⁵. L'éthique peut aussi se présenter comme partie intégrante de la culture de l'entreprise, qui rassemble une série de convictions et de valeurs. Elle peut aussi constituer le résultat d'un « réveil éthique » qui se traduit par des réglementations de plus en plus spécifiques et contraignantes¹¹⁶. Ces différents enjeux sont pris en compte au niveau managérial et se trouvent à l'origine même de la diversité en entreprise. Il faut par conséquent procéder à la définition de la diversité en tant que concept managérial (paragraphe 1), avant d'examiner la motivation des partenaires sociaux patronaux pour la mise en place des politiques de diversité en entreprise (paragraphe 2).

¹¹⁵ Paul F. Smets, *Éthique ou cosmétique ? Le retour des valeurs dans un monde paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 76-77, p. 88.

¹¹⁶ *Ibid*, p. 77 et 87. Sur les contraintes légales, v. chapitre 2.

Paragraphe 1. La diversité : un concept managérial

29. À l'opposé du monde juridique, encore réticent quant à l'utilisation de la diversité, concept qui demeure flou et imprécis pour les juristes, le monde managérial s'y est vite intéressé et s'est approprié la notion. En tant que thématique de plus en plus centrale en ce qui concerne le recrutement, la diversité est devenue un objectif managérial et, plus spécifiquement, un objectif de la gestion des ressources humaines. Par conséquent, avant d'examiner plus avant la réaction juridique face à la diversité, il convient d'envisager sa consécration managériale. Ces deux facettes, bien que distinctes, s'entremêlent au sein des accords collectifs en matière de diversité et les politiques de diversité promues présentent des intérêts tant juridiques (d'un point de vue de la lutte contre les discriminations) que managériaux (d'un point de vue de l'efficacité et de la performance). La diversité saisie par le droit ne peut être complètement dissociée de l'aspect managérial : celui-ci intervient de façon primaire en tant que régulateur des ressources humaines (A), en créant des modèles managériaux spécifiques en matière de diversité (B).

A) Les sciences de gestion : régulation des « ressources humaines » et management juridique

30. Il convient de définir dans un premier temps le terme « management ». Les auteurs de la Harvard Business School le définissent comme « un ensemble de processus qui visent l'atteinte d'un objectif de création de valeur grâce à une allocation satisfaisante des ressources disponibles ». Malgré le grand nombre de définitions de ce terme, nous pouvons en déduire que toutes se rejoignent sur un élément, la performance. L'amélioration de la performance constitue en effet l'objectif premier de tout type de management¹¹⁷.

31. **Les modèles du management.** Comme d'ailleurs la notion de diversité, le terme « management » trouve ses origines aux États-Unis, dans les années 1960. Le modèle américain a été suivi par le développement du modèle japonais puis, plus tard, par l'émergence des différents modèles européens. En Europe, selon le pays, il existe une grande divergence entre

¹¹⁷ Par exemple, pour le sociologue Jean-François Chanlat, il s'agit « d'un phénomène social qui vise le bon fonctionnement de l'organisation pour atteindre le but de l'efficacité (souvent économique) », Virginia Drummond, *Le management interculturel : gérer efficacement la diversité culturelle dans l'entreprise*, Le Mans, Gereso, 2014, p. 25. Dans le même esprit, pour le Professeur Michel Marchesnay, l'objet des sciences de gestion est « la recherche des modes opératoires (calculs, comportements) les plus propices à l'augmentation de la performance (au sens large) d'un décideur, ou d'un ensemble systémique de pôles de décision (une « organisation ») », Michel Marchesnay, « L'Economie et la Gestion sont-elles des sciences ? », *Économie rurale*, n°283-284, 2004, p. 89.

les modèles de management : ainsi, le management des pays du Sud-est plus intuitif, le management des pays du Nord est plus organisé et le management britannique constitue un cas à part, puisqu'il réunit des éléments du management américain et du management européen¹¹⁸.

En dépit de la divergence entre les pays, on pourrait revendiquer l'existence d'un modèle européen de management homogène et distinct de celui d'autres pays tels que les États-Unis ou le Japon, grâce à des éléments qui apparaissent dans tous les modèles des pays européens. Ces éléments sont l'orientation vers les personnes et la responsabilité sociale, la négociation interne, le management de la diversité internationale et un management entre les extrêmes, c'est-à-dire entre le modèle américain et le modèle japonais¹¹⁹. Ainsi, le modèle de management européen accorde une primauté à la personne, à son individualisme et à la qualité de son travail, ce qui diffère du modèle américain, très centré sur le profit, et du modèle japonais, qui donne la priorité à la collectivité et non à l'individu. De plus, les managers européens privilégient la négociation interne ; avant la prise d'une décision, le dialogue social, la consultation et la communication entre les différents niveaux hiérarchiques constituent des étapes importantes, ce qui n'est pas le cas au sein des systèmes américain et japonais. Par ailleurs, le management européen, en raison de la diversité géographique et culturelle entre les pays, a dû prendre en considération l'aspect international de la diversité, ce qui n'est pas le cas ni pour les États-Unis, ni pour le Japon. Ces pays, tout en étant des pays exportateurs, ne connaissent pas la décentralisation des activités internationales mise en place par les pays européens. Enfin, le modèle européen se trouve entre les extrêmes puisque d'un côté, les États-Unis sont centrés sur le profit et appliquent le marché libre avec peu d'intérêt pour la fidélisation de leur personne, tandis que de l'autre, le modèle japonais se focalise sur la croissance et forme une collectivité qui fidélise à vie les salariés. Le modèle européen se situe pour sa part à la croisée de ces deux conceptions, en prenant en compte le profit et la croissance, tout en poursuivant une fidélisation modérée du personnel.

32. **Le management juridique.** Actuellement, le management est de plus en plus lié à la fonction juridique de l'entreprise. Les territoires disciplinaires ne sont plus délimités clairement comme par le passé : de plus en plus de thématiques nécessitent une complémentarité ou sont,

¹¹⁸ Roland Calori, Martine Osterrieth, « L'unité dans la diversité : les chemins du management européen », In *La résistance culturelle : fondements, applications et implications du management interculturel*, Pierre Dupriez, Solange Simons, Bruxelles, De boeck, 2002, pp. 322-324.

¹¹⁹ Roland Calori, Martine Osterrieth, *op.cit.*, pp. 325-328.

en elles-mêmes, transversales¹²⁰. De même, cette interdisciplinarité affecte directement la manière d’appréhender le management ainsi que le droit dans l’entreprise. Pour certains, il s’agit bien d’une crise normative qui se manifeste par la confusion entre la logique juridique et la logique managériale dans l’entreprise, puisque « toutes deux ont vocation à répondre à l’exigence de gestion interne et externe des risques liés à son activité »¹²¹.

Ainsi, pour une partie de la doctrine des sciences de gestion, une discipline particulière, le management juridique, semble émerger. Cette notion se réfère au management du droit ainsi qu’au management de la fonction juridique¹²². La direction juridique, qui s’occupe traditionnellement de la gestion des conflits et de la rédaction des contrats, intègre, à travers le management du droit, le management des risques juridiques afin d’anticiper et de prévenir les conflits, mais aussi la diffusion de la culture juridique de l’entreprise et le développement des stratégies juridiques¹²³. Le droit devient ainsi un facteur de performance, voire un avantage concurrentiel pour l’entreprise. Le management juridique consiste alors à optimiser le droit en le considérant comme une ressource, au même titre que le capital, les ressources humaines ou l’informatique¹²⁴.

Parallèlement, le management de la fonction juridique gère l’équipe juridique elle-même, laquelle est confrontée, comme toute équipe, aux impératifs organisationnels : la gestion du budget, du temps et du personnel, ainsi que la nécessité de se positionner stratégiquement et de communiquer la culture juridique de l’entreprise¹²⁵. Par conséquent, le juriste se voit confier des missions managériales qui dépassent ses fonctions purement juridiques, qu’il s’agisse de la gestion du droit ou de la gestion de la fonction juridique dans l’entreprise. La gestion des risques est un exemple de management juridique, notamment à la suite de la consécration législative

¹²⁰ Charlotte Karila-Vaillant donne l’exemple des risques psycho-sociaux qui se situent à la frontière entre droit social, gestion des ressources humaines et gestion des risques.

Charlotte Karila-Vaillant, « Le management juridique : contours, spécificités et bonnes pratiques », In *Penser les relations du droit et des sciences de gestion. Quelle formation juridique pour les managers du XXIe siècle?*, Gaëlle Deharo, Xavier Struber (dirs), Paris, Dalloz, 2014, pp. 35-37.

¹²¹ Romain Laufer, Yvonne Muller-Lagarde. « Le management face au judiciaire. Un nouveau domaine d’enseignement et de recherche », *Revue française de gestion*, vol. 269, no. 8, 2017, pp. 11-17.

¹²² Charlotte Karila-Vaillant, *op.cit.*, pp. 39-41.

Gaëlle Deharo, « Le droit, un outil du management agile ? Une perspective juridico-gestionnaire », *Revue française de gestion*, 2018/3 (N°272), p. 33-49.

¹²³ Charlotte Karila-Vaillant, *op.cit.*, pp. 39-40.

¹²⁴ LesEchos, « Le management juridique va s’imposer », publié le 29 mai 2001, mis à jour le 6 août 2019.

¹²⁵ Charlotte Karila-Vaillant, *op.cit.*, 2014, pp. 40-41.

du devoir de vigilance issu de la loi du 27 mars 2017¹²⁶, où le management des risques coïncide avec l'obligation légale d'élaborer un plan de vigilance. La diversité constitue également un exemple de thématique qui nécessite une approche transversale et une collaboration de la fonction juridique avec les autres fonctions de l'entreprise, et notamment avec la fonction managériale. Certains aspects de la diversité, tels que l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou l'intégration des salariés handicapés, relèvent de la loi mais se combinent avec les actions se situant dans le cadre de la gestion de l'entreprise. Cette collaboration entre les sciences de gestion et la science juridique nous paraît fondamentale en matière de diversité. Comme nous allons le constater ci-dessous, sous le prisme de la diversité et de l'action des partenaires sociaux trouvent à se réunir le droit, le management et la RSE. Autrement dit, les ordres juridique, économique et moral.

B) La gestion de la diversité

33. **Définition.** Le management de la diversité exprime la capacité de prendre des décisions efficaces dans un milieu qui se caractérise par des différences et des similarités qui constituent des sources de tension et de difficulté¹²⁷. Isabelle Barth et Christophe Falcoz enrichissent cette définition en mettant davantage l'accent sur les finalités. Ainsi, le management de la diversité est « l'ensemble des politiques, dispositifs et acteurs qui relèvent, de façon implicite ou explicite, de la lutte contre les discriminations et de la recherche d'égalité des chances pour tous, au sein des entreprises ou des organisations, dans l'intention de promouvoir la reconnaissance des différences comme une richesse pour chacun et pour l'organisation »¹²⁸. Selon ces auteurs, le management de la diversité s'opère à deux niveaux : un niveau interne, qui concerne « les acteurs fonctionnels et hiérarchiques au sein de l'organisation », c'est-à-dire les employeurs et les employés, la direction générale, les ressources humaines, les syndicats, et un niveau externe, qui renvoie aux acteurs externes à l'entreprise tels que les clients et les fournisseurs, les actionnaires, le système judiciaire, les associations et les autres groupes de pression¹²⁹.

¹²⁶ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017.

¹²⁷ Thomas R. Roosevelt Jr., *World class diversity management: a strategic approach*, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2010, p. 2.

¹²⁸ Isabelle Barth, Christophe Falcoz, *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 12.

¹²⁹ *Ibid.*

34. **Les politiques de diversité.** Le management de la diversité se traduit par l'adoption et la mise en œuvre des politiques de diversité. En 2003, la Professeure britannique Gill Kirton a distingué deux types de politiques de diversité : les politiques proactives et les politiques réactives¹³⁰ ; les politiques proactives sont les plus ambitieuses mais aussi les plus efficaces. La diversité dispose dans ce cas d'une connotation éthique et se rattache à un objectif de justice sociale. Les politiques proactives s'appliquent à long-terme et la diversité est conçue comme un atout stratégique de l'entreprise. Dans ce contexte, la diversité est liée à l'aspect de la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE), qui promeut le modèle de « l'entreprise acteur social »¹³¹. La RSE touche principalement trois domaines, l'éthique, le développement durable et la diversité. L'intérêt porté à la diversité ne répond pas seulement à l'objectif de mener une action sociale mais, comme nous allons l'analyser dans notre section 2, répond à de véritables besoins de l'entreprise : avoir accès à un plus grand nombre de salariés compétents, réduire les coûts dus à la pression réglementaire ou judiciaire, notamment en matière d'égalité de traitement et de lutte contre les discriminations, augmenter la réputation, l'attractivité et la légitimité de l'entreprise¹³². D'un autre côté, les politiques réactives sont des politiques de court-terme qui sont mises en place pour résoudre des problèmes ou pour éviter les sanctions et les contentieux juridiques. Dans ce cas, la diversité est conçue comme un coût et l'entreprise n'ira pas au-delà du minimum légal.

Par conséquent, les actions menées diffèrent selon que l'entreprise s'engage à une politique proactive ou réactive. Dans le cadre d'une politique réactive, l'entreprise n'ira pas au-delà du minimum légal et les actions inscrites dans la politique pour la diversité seront isolées et centrées sur le recrutement. Dans le cadre d'une politique proactive, l'entreprise assure le respect des prescriptions légales et va même au-delà. Les actions pour la diversité ne sont pas isolées mais elles s'intègrent dans le processus de gestion de l'entreprise. Enfin, les actions ne se limitent pas au recrutement mais mettent en valeur d'autres aspects importants tels que les promotions et la responsabilisation des managers.

35. **La vision française et la vision européenne : points communs et différences.** Concernant la vision française du management de la diversité, il convient de préciser que celle-

¹³⁰ Anne-Françoise Bender, Frédérique Pigeure, « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, pp. 96-97.

¹³¹ Nous analyserons davantage cette notion dans un prochain chapitre, qui lui sera dédié.

¹³² Isabelle Barth, Christophe Falcoz, *op.cit.* p. 17.

ci diffère sur certains points de la vision adoptée par d'autres pays, notamment en comparaison avec les pays anglo-saxons. En France, le management de la diversité est principalement conçu comme un moyen d'établir l'égalité de traitement et combattre les discriminations, par opposition à la vision britannique, ancrée sur la fonction économique et entrepreneuriale de la diversité, celle-ci pouvant servir à l'amélioration stratégique de l'entreprise¹³³. La facette managériale de la diversité se traduit en français par l'expression « gestion de la diversité ». Nous remarquons une acception commune par les différents auteurs français quant à la définition et la finalité de la gestion de la diversité. La vision française met l'accent sur la finalité sociale plutôt qu'économique de cette politique de management : l'amélioration de la représentation dans l'effectif des différentes catégories de la population et l'élimination des discriminations sont les objectifs constitutifs du management de la diversité à la française¹³⁴. Toutefois, l'aspect de la performance n'est pas absent du terrain français : la finalité économique se retrouve dans la définition introduite par la Charte de la Diversité en entreprise de 2004, selon laquelle la gestion de la diversité consiste en la reconnaissance et la valorisation des différences individuelles, comme atouts pour la performance de l'entreprise¹³⁵.

Quant à la vision promue par l'Union Européenne, il s'agit d'une combinaison des deux visions, de la vision anglo-saxonne, focalisée sur la performance, et de la vision française, focalisée sur la lutte contre les discriminations. Pour l'UE, la gestion de la diversité est perçue comme un facteur d'inclusion et d'égalité au sein de l'entreprise, mais également comme un outil de performance qui permet des gains de productivité importants et une meilleure attractivité de

¹³³ Alain Klarsfeld, Lize A.E. Booyesen, Eddy Ng, et alii, *International handbook on diversity management at work : country perspectives on diversity and equal treatment*, Cheltenham, UK et Northampton, USA, E.Elgar, 2014, p. 95.

¹³⁴ Par exemple, en sciences de gestion, Hélène Garner-Moyer définit la gestion de la diversité comme « l'ensemble des mesures prises par les employeurs pour recruter, conserver et perfectionner des salariés issus de catégories sociales variées. Elle est également comprise comme le fait d'accroître la présence dans les entreprises d'employés de nationalité, sexe, d'origines ethniques différents ».

Hélène Garner-Moyer, « Gestion de la diversité et enjeux de GRH », *Management & Avenir*, 2006/1 (n°7), pp. 23-42, p. 25.

Pour Anne-Françoise Bender, il s'agit d'une démarche managériale qui « vise à faire évoluer les représentations pour éliminer tout comportement discriminatoire dans l'entreprise et instaurer une culture de la tolérance, qui permette l'inclusion de chacun avec ses apports et ses différences », Sandrine Berger-Douce, « Les PME, ces oubliés de la diversité ? », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 213.

Selon Frédérique Ast, la diversité correspond à « l'engagement actif des entreprises de promouvoir une meilleure représentation dans leurs effectifs, à tous les niveaux de responsabilités, de l'ensemble des catégories de la population identifiables sur la base des origines, du sexe, du handicap, etc. » Frédérique Ast, « La notion de diversité et son appréhension par le Défenseur des droits », In *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Philippe Icard, Juliette Olivier Leprince, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 114.

¹³⁵ Réjane Sénac, *L'invention de la diversité*, Paris, Puf, 2012, p. 8.

l'entreprise dans le monde des affaires¹³⁶. Actuellement, la vision française se rapproche de plus en plus de la vision européenne et la gestion de la diversité au sein de l'entreprise constitue de nos jours un mélange entre les attentes des salariés et les intérêts économiques et commerciaux de l'entreprise¹³⁷.

36. **Les fonctions de la gestion de la diversité.** Pour Hélène Garner-Moyer, la gestion de la diversité remplit plusieurs fonctions : premièrement, elle sert à renouveler et accroître le bassin des ressources humaines disponibles pour l'entreprise ; en deuxième lieu, elle constitue un outil des ressources humaines qui permet la mise en conformité avec les standards mondialisés appliqués aux entreprises multinationales, c'est-à-dire l'impératif d'une culture d'entreprise respectueuse des différences et du principe d'égalité ; enfin, en prenant en compte et en respectant l'identité et les aspirations des salariés, la gestion de la diversité réussit à augmenter la motivation et l'implication des salariés de l'entreprise et, ainsi, à fidéliser la main d'œuvre¹³⁸. La gestion de la diversité sert à promouvoir la mise en place de l'équité au profit des salariés et, parallèlement, satisfait aux intérêts économiques de l'entreprise. Elle répond davantage à un enjeu juridique : à travers la gestion de la diversité, l'entreprise se met en conformité avec la législation en vigueur en matière de discrimination et se protège contre de potentiels contentieux, qui présentent un risque juridico-économique important¹³⁹. L'importance de la gestion de la diversité se manifeste par la création de l'Association française des managers de la diversité, une association créée par des managers et des directeurs des ressources humaines afin de passer de la promotion de la diversité au management de la diversité, et d'impliquer davantage ceux qui ont à manager au quotidien des équipes diverses¹⁴⁰. L'on peut déjà constater que l'intérêt du patronat pour la question s'est accru : effectivement, les partenaires sociaux patronaux ont joué un rôle d'initiateur prépondérant pour la diversité au travail en France.

¹³⁶ Commission Européenne, *Les chartes de la diversité en Europe : Comprendre les avantages pour l'entreprise, gérer la diversité au travail*, Union Européenne, 2012, p. 4.

¹³⁷ Hélène Garner-Moyer, *op.cit.*, pp. 23-42, p. 26.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 23-42, pp. 23-42, p. 28.

¹⁴⁰ Association française des managers de la diversité, www.afmd.fr.

Paragraphe 2. La motivation patronale derrière la diversité en entreprise : un débat opposant éthique et performance

37. Derrière toute démarche en matière de diversité, qu'il s'agisse du préambule d'un accord, d'une charte, d'une politique, d'une action, une double justification est omniprésente : celle de l'entreprise éthique et performante. L'entreprise est conçue comme une structure dont la fonction primaire est le profit : ajouter une dimension extra-économique ne doit pas, par conséquent, avoir pour objectif de transformer l'entreprise en organisation à but social chargée de pailler les défaillances étatiques¹⁴¹. L'objectif promu par la RSE mais également par certaines dispositions de droit dur (que nous examinerons au chapitre 2) est de pouvoir concilier l'ordre juridique, économique et « moral » au sein de l'entreprise¹⁴². Par conséquent, la mise en place des dispositifs de diversité ne peut pas être dissociée de la dimension éthique, ni de la dimension économique poursuivie par l'entreprise. Il convient donc d'examiner ces deux modèles d'entreprise qui peuvent sembler contradictoires mais qui coexistent : le modèle de l'entreprise éthique (A) et le modèle de l'entreprise focalisée sur la performance (B).

A) Le modèle de l'entreprise éthique

38. La notion d'entreprise éthique, connue sous l'expression « *business ethics* », provient des États-Unis. Plusieurs traductions en français ont été proposées et considérées relativement équivalentes : « morale des affaires », « éthique de l'entreprise », « éthique dans l'entreprise », « éthique de la gestion »¹⁴³. Notre objectif étant de présenter le modèle managérial mettant en œuvre les politiques de diversité en entreprise, nous avons opté pour l'expression simple mais inclusive de « modèle managérial de l'entreprise éthique ». Le concept de l'entreprise éthique est souvent lié à la notion de responsabilité sociétale de l'entreprise. Les deux notions sont très similaires et peuvent paraître indissociables, puisque souvent, elles conduisent aux mêmes résultats. Toutefois, il convient de distinguer les deux concepts : la responsabilité sociale de l'entreprise se fonde sur le contrat social entre l'entreprise et la société : il s'agit du devoir de contribuer au bien-être social ; quant à l'éthique, elle exige de l'organisation ou de l'individu

¹⁴¹ Felix Torres, *Que peut l'entreprise ? Réaffirmer l'initiative privée dans le monde de l'après-Covid*, Paris, Humensis, 2021, p. 50-51.

¹⁴² Sandrine Frémeaux, Christine Noël-Lemaître. « Une analyse philosophique du management de la RSE : de la difficile conciliation entre l'ordre économique, l'ordre juridique et l'ordre moral », *Management & Avenir*, vol. 73, n°7, 2014, p. 107.

¹⁴³ Jean-Pierre Jobard, « « Business ethics » et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de LA BRUSLERIE, Paris, Ed. Economica, 1992, pp. 63-64.

de se comporter conformément aux règles morales¹⁴⁴. La différence est subtile, puisqu'en principe, le bien-être de la société est compatible avec le code moral de celle-ci, mais il est également possible que ce qui soit considéré « responsable » pour la société soit perçu comme neutre moralement ou même immoral sous le prisme de l'éthique¹⁴⁵. Dans ce paragraphe, on s'intéressera notamment à la motivation éthique sous-tendant les politiques diversité et RSE.

1. *L'origine de l'entreprise éthique : le paternalisme industriel*

39. Bien que la notion de *business ethics* soit apparue aux États-Unis durant les années 1960 et 1970, le lien entre l'éthique et l'économie est bien plus ancien et trouve ses racines en Europe, notamment en Angleterre et en France. Au XIX^e siècle, un courant religieux chrétien se développe pour faire face à la misère ouvrière générée par la révolution industrielle ; ce courant s'exprime par les notions de patronage et de paternalisme¹⁴⁶. En France, la notion de patronage désigne le type dominant de contrôle exercé par le patronat au XIX^e siècle¹⁴⁷. Le patronage a été défini par Frédéric Le Play¹⁴⁸ comme un « lien volontaire d'intérêt et d'affection destiné à remplacer les liens forcés dans le travail sous l'Ancien Régime »¹⁴⁹.

La notion de paternalisme trouve son origine sous l'ère préindustrielle ; les unités économiques domestiques étaient gérées par une forme patriarcale d'organisation économique qui entremêlait les liens familiaux avec les liens économiques : le chef de la famille était à la fois père et maître de ceux qui travaillaient sous ses ordres¹⁵⁰. Le paternalisme développé à la fin du

¹⁴⁴ Donald P. Robin, R. Eric Reidenbach, *Business ethics : where profits meet value systems*, Englewood Cliffs, N.J, Prentice Hall, 1989, pp. 38-40.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 38.

¹⁴⁶ Jean-Pierre Jobard, « « Business ethics » et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de LA BRUSLERIE, Paris, Ed. Economica, 1992, p. 69 et

Fabienne Cardot, *L'éthique d'entreprise*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, p. 21.

¹⁴⁷ Gérard Noiriel, « Du « patronage » au « paternalisme » : la restructuration des formes de domination de la main-d'œuvre ouvrière dans l'industrie métallurgique française », *Le mouvement social*, n°144, juillet-septembre 1988, p. 18.

¹⁴⁸ Frédéric Le Play est sociologue et fondateur de la doctrine du patronage volontaire. Selon cette doctrine, le patron est le pendant de la figure paternelle dans l'univers professionnel du XIX^e siècle. Ce sentiment paternel se traduit par un intérêt accru de l'entrepreneur paternaliste pour l'amélioration des conditions de la vie ouvrière.

Thierry Hommel, « Paternalisme » In *Dictionnaire critique de la RSE*, Nicolas Postel, Richard Sobel (dirs.), Villeneuve d'Ascq., Presses universitaires du Septentrion, 2013, pp. 356-360.

¹⁴⁹ Marianne Debouzy, « Permanence du paternalisme ? », *Le mouvement social*, n°144, juillet-septembre 1988, p. 6.

¹⁵⁰ Cette forme originaire du paternalisme suivait une hiérarchie fondée sur le sexe et l'âge. Au sommet de cette hiérarchie se place le père-maître, détenteur de tout le pouvoir. Cette construction reflète l'ordre patriarcal et la place des femmes au sein de la famille et, à la suite de l'époque industrielle, au sein du marché du travail.

Judy Lown, « Père plutôt que maître...le paternalisme à l'usine dans l'industrie de la soie à Halstead au XIX^e siècle », *Le mouvement social*, n°144, juillet-septembre 1988, pp. 52-54.

XIX^e siècle, bien qu'il diffère de son prédécesseur dans la forme (l'unité économique n'est plus la famille mais l'usine), maintient le même esprit. Le Professeur Jean Savatier nous fournit un exemple typique du paternalisme de cette époque, celui de l'industriel catholique Léon Harmel¹⁵¹ ; ce dernier a rédigé l'œuvre « Catéchisme du patron »¹⁵², selon laquelle l'autorité patronale doit se rapprocher de l'autorité parentale. Par conséquent, l'employeur a le droit, et même l'obligation, de se mêler de la vie personnelle et familiale de ses employés. Il consiste également en une forme de protection de la main d'œuvre par le patronat et nécessite, selon l'historienne Michelle Perrot, trois éléments : « 1) présence physique du patron sur les lieux de la production, voire habitat patronal ; 2) langage et pratiques de type familial entre patrons et ouvriers ; 3) adhésion des travailleurs à ce mode d'organisation »¹⁵³. Le paternalisme comprend deux volets contradictoires, la protection et la contrainte. Il s'agit d'une relation non contractuelle inégalitaire qui, plus qu'utiliser l'image du père, « prétend régler la totalité des relations particulières entre personnes à partir d'une hiérarchie qui, explicitement ou non, s'impose comme naturelle parce que vécue comme d'ordre divin »¹⁵⁴. Une manifestation du paternalisme est la mise à disposition de logements aux ouvriers. En revanche, cette prise en charge de la part du patron comprend des motifs autres que le bien-être des travailleurs : le besoin accru d'une main d'œuvre massive nécessite la mise en place d'infrastructures en mesure d'accueillir les travailleurs¹⁵⁵.

Pendant la même période, des modèles de paternalisme apparaissent en Angleterre. Le paternalisme anglais se manifeste par la prise en considération du bien-être des travailleurs dans une optique d'intérêt commun ; le bien-être des travailleurs est à la fois correct moralement et rentable financièrement¹⁵⁶. L'on constate que le raisonnement demeure identique aujourd'hui, lors de la mise en place d'une politique éthique, RSE et, dans notre cas, une politique de diversité : l'éthique et la performance se combinent dans l'objectif de produire les meilleurs résultats économiques et sociaux pour l'entreprise.

¹⁵¹ Jean Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49.

¹⁵² « Catéchisme du Patron » édité par Léon Harmel, aux Bureaux du Journal La Corporation, 6 janvier 1889, cité par Jean Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49.

¹⁵³ Michelle Perrot, « Le regard de l'Autre : les patrons français vus par les ouvriers (1880-1914) », dans *Le Patronat de la seconde industrialisation*, Maurice Lévy-Leboyer (dir.), Paris, Éditions ouvrières, 1979, p. 294, Marianne Debouzy, « Permanence du paternalisme ? », *Le mouvement social*, n°144, juillet-septembre 1988, pp. 7-8.

¹⁵⁴ Alain Morice, « Travail atypique, travail salarié et paternalisme : retour sur 25 ans de recherche », *TRAVAIL, capital et société*, 37, 2004, pp. 186-209.

¹⁵⁵ Gérard Noiriel, *op.cit.*, pp. 30-31.

¹⁵⁶ Judy Lown, « Père plutôt que maître...le paternalisme à l'usine dans l'industrie de la soie à Halstead au XIX^e siècle », *Le mouvement social*, n°144, juillet-septembre 1988, p. 52.

40. Avec l'apparition des premières lois en droit du travail, la relation patron-ouvrier se transforme progressivement en une relation encadrée d'employeur-salarié. Le patronage (pour l'ère rurale et préindustrielle), et le paternalisme (caractérisant notamment l'ère industrielle) font place aux nouvelles formes de gestion et de politiques de management. Toutefois, le paternalisme n'a pas disparu totalement; l'expression « bon père de famille » était courante en matière de responsabilité civile¹⁵⁷, jusqu'à l'adoption de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes en 2014¹⁵⁸. Cette expression à connotation éthique visait à désigner le comportement moralement et légalement correct de la personne qui détient un pouvoir ou un bien. Cette personne doit se comporter d'une façon correspondante au comportement d'un père de famille, les caractères attribués à une telle figure pouvant être multiples : juste, diligent, affectionné, raisonnable, sévère, etc. La loi du 4 août 2014 a éliminé cette expression genrée, en la remplaçant par l'adjectif « raisonnable » ou l'adverbe « raisonnablement » selon le cas. En droit du travail français, bien que l'expression « bon père de famille » n'ait jamais été intégrée dans le Code, on peut toutefois en trouver certaines traces dans la jurisprudence¹⁵⁹. En revanche, il convient de préciser que dans d'autres systèmes normatifs, cette expression demeure; par exemple, en droit du travail belge, les références au « bon père de famille » sont directes ; l'employeur est tenu « de veiller en bon père de famille à ce que le travail s'accomplisse dans des conditions convenables au point de vue de la sécurité et de la santé du travailleur »¹⁶⁰ et « d'apporter les soins d'un bon père de famille à la conservation des instruments de travail appartenant au travailleur »¹⁶¹. Bien que le paternalisme ait contribué à la création d'une éthique en entreprise, il s'agit d'une expression largement dépassée et insuffisante en vue de répondre aux questions éthiques qui se posent dans le contexte actuel.

¹⁵⁷ Par exemple, en matière de contrats de louage, il faut « user de la chose louée en bon père de famille » (ancien article 1728 C.Civ. dans sa version en vigueur du 17 mars 1804 au 6 août 2014). En matière d'obligation conventionnelle quant à la conservation de la chose, il faut « y apporter tous les soins d'un bon père de famille » (ancien art.1137 C.Civ. dans sa version en vigueur du 17 février 1804 au 6 août 2014).

¹⁵⁸ Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

¹⁵⁹ Par exemple, dans un arrêt de la Chambre sociale du 19 mai 1999, l'argument suivant a été invoqué par le salarié : « en ne versant pas aux salariés la valeur des repas non pris l'employeur avait outrepassé ses droits et n'avait pas effectué *une gestion de bon père de famille* ». Bien que l'argument n'ait pas été retenu en raison du fait que la demande était prescrite, nous pouvons signaler l'utilisation de cette expression pour décrire les obligations de l'employeur envers ses salariés. Cass. Soc. 19 mai 1999, n°98-43.255.

La même expression se retrouve dans certaines jurisprudences relatives aux gérants de succursales, (v. art. L.7321-3 C. tr.). Par exemple : « ...tenue de gérer le fonds de commerce *en bon père de famille*, la société X... prendra seule les décisions concernant la gestion de son exploitation et, notamment en qualité de chef d'établissement, les décisions relatives à son personnel et en particulier en matière de conditions de travail, d'hygiène et de sécurité ». Cass. soc. 22 septembre 2015, n°13-27.742, n°13-28.065.

¹⁶⁰ Loi belge du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (dans sa teneur modifiée au 15 mars 2017), art. 20 2°.

¹⁶¹ *Ibid.*, art. 20 7°.

2. La notion d'entreprise éthique

41. Comme dans le cas de la notion de « diversité », il est compliqué d'accorder une définition et un contenu uniques et universels à la notion de « business ethics » : elle peut être conçue comme une mode éphémère qui s'oppose à l'objectif de la gestion des affaires, comme un effort visant à améliorer l'image de l'entreprise et accroître la motivation du personnel, comme un système de valeurs propres de l'entreprise ou encore comme une nouvelle forme de régulation économique, sociale et financière¹⁶². Selon le philosophe Alasdair MacIntyre, l'éthique des affaires aide « les acteurs de la vie économique à accomplir les tâches morales leur permettant de répondre le mieux possible aux problèmes qui se posent "dans un monde social radicalement imparfait" »¹⁶³.

Une distinction doit être opérée entre l'éthique et certains termes considérés comme équivalents : la morale et la déontologie. La déontologie désigne « des règles s'appliquant à des activités professionnelles spécifiques et bien définies »¹⁶⁴. La déontologie organise la profession par le biais de règles morales et éthiques qui doivent être respectées par les personnes souhaitant l'exercer¹⁶⁵. Cependant, son objectif n'est pas nécessairement éthique ou moral ; la déontologie sert à structurer une profession par la mise en place de normes communes impératives qui créent une autodiscipline, surveillée, contrôlée et sanctionnée par des organes au sein de la profession concernée¹⁶⁶.

¹⁶²Jean-Pierre Jobard, « « Business ethics » et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de LA BRUSLERIE, Paris, Ed. Economica, 1992, p. 60.

¹⁶³Alasdair MacIntyre, *After virtue : A study in moral theory*, Paris, PUF., 1997, Alain Anquetil, *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Paris, Vrin, 2011, p. 25.

¹⁶⁴François Bourricaud, « De la morale professionnelle à l'éthique et à la déontologie », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de LA BRUSLERIE, Paris, Ed. Economica, 1992, p. 32.

¹⁶⁵Jean-Pierre Jobard, « « Business ethics » et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de LA BRUSLERIE, Paris, Ed. Economica, 1992, p. 61.

¹⁶⁶Cette autorégulation à l'intérieur de la profession ne signifie pas une exclusion du juge : celui-ci interviendra dans le cadre du contrôle de la légalité des règles déontologiques et des décisions individuelles prises pour sanctionner la méconnaissance d'obligations professionnelles.

Bernard Ducamin, Ivan Zakine, « Le juge ultime gardien de la déontologie », In *Éthique, déontologie et droits de l'homme, colloque Droit et démocratie du mercredi 21 juin 1995*, Paris, La documentation française, 1996, pp. 31-39.

On pourrait supposer que la morale et l'éthique sont des termes identiques et interchangeable, leur étymologie même menant à une notion commune, les mœurs¹⁶⁷. La distinction entre les deux est subtile mais réelle. D'un point de vue étymologique, l'éthique est d'origine grecque et la morale, d'origine latine¹⁶⁸. D'un point de vue historique, la morale a acquis une connotation religieuse dans le contexte chrétien ; le protestantisme est venu substituer l'éthique à la morale et lui confère une vision laïque et pragmatique¹⁶⁹. La « morale », quant à elle, désigne « l'ensemble des règles de conduite admises à un moment donné pour une collectivité d'individus, ou tenues pour inconditionnellement et invariablement valables pour tous »¹⁷⁰. L'éthique se définit souvent par référence à la morale : « ensemble des valeurs, des règles morales propres à un milieu », « science qui traite des principes régulateurs de l'action et de la conduite morale », « ce qui concerne la morale », « ensemble des principes moraux qui sont à la base de la conduite de quelqu'un »¹⁷¹. Toutefois, la distinction peut être repérée, pour certains auteurs, dans la finalité de chacune de ces deux notions : la morale vise le perfectionnement individuel à travers le Bien d'autrui, tandis que l'éthique vise en priorité le Bien d'autrui, ce qui peut mener au perfectionnement individuel¹⁷². Pour définir la notion de l'éthique dans le contexte de notre recherche, il faut pousser davantage cette réflexion. Selon le Professeur Jean-Pierre Jobard, l'éthique justifie et construit les systèmes moraux¹⁷³. En d'autres termes, l'éthique ne se limite pas aux règles de déontologie ou à la morale mais constitue leur source, leur force créatrice, elle désigne « ce qui doit être »¹⁷⁴ bon, équitable et moral. Sous le prisme de l'éthique d'entreprise, il s'agit par conséquent de « ce qui doit être » moral dans le cadre des

¹⁶⁷ Le mot « éthique » provient du mot grec ancien *êthos*, qui signifie « mœurs » (Le Petit Robert 2012, p. 945). Le mot « morale » trouve sa racine dans le mot latin *mores*, qui signifie également « mœurs » (Le Petit Robert 2012, p. 1633).

¹⁶⁸ En effet, pour certains auteurs la différence n'est qu'étymologique, par exemple :

Nadège Caussé, *La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français : contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 20.

Selon nous, la différence est subtile mais existante, la provenance différente des termes conduit à leur utilisation dans un contexte différent. Par conséquent, leur sens est similaire mais pas identique.

¹⁶⁹Cécile Le Gallou, « La notion d'éthique », In *L'entreprise face à l'éthique du profit*, Georges Virassamy (dir.), Paris, L'Harmattan, 2008, p. 12.

¹⁷⁰ Jean-Pierre Jobard, « « Business ethics » et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de La Bruslerie, Paris, Ed. Economica, 1992, pp. 61-62

¹⁷¹ Définitions issues des dictionnaires suivants : Le Petit Robert 2012, p. 945, Larousse (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/%C3%A9thique/31389?q=%C3%A9thique#31324>) et CNRTL (<http://www.cnrtl.fr/definition/ethique>).

¹⁷² Cécile Le Gallou, *op.cit.*, p. 13.

¹⁷³Jean-Pierre Jobard, « « Business ethics » et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de La Bruslerie, Paris, Ed. Economica, 1992, p. 62.

¹⁷⁴ Fabienne Cardot, *L'éthique d'entreprise*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, p. 27.

activités professionnelles et dans les comportements des individus au travail¹⁷⁵. L'éthique est également perçue comme un devoir de solidarité et de justice sociale¹⁷⁶, c'est-à-dire un devoir de mettre l'intérêt général au-dessus de l'intérêt individuel ou de l'intérêt de l'entreprise.

Selon le Professeur canadien Guy Giroux, « il n'y a aucune activité humaine éthiquement neutre, que l'on ait affaire à l'économie, à la politique, à la technologie... »¹⁷⁷. Comment apprécier l'éthique au niveau économique ? Pour Gilles Dryancour, l'éthique économique se traduit par un « système de valeurs qui permet la récurrence des échanges marchands »¹⁷⁸. Par conséquent, l'éthique en tant que mode de gestion managériale, désigne la possibilité d'introduire un critère moral dans une décision économique¹⁷⁹. Pour certains, l'éthique ne peut intervenir en tant qu'outil de gestion que dans un cas « d'indifférenciation des choix », c'est-à-dire lorsque le choix de gestion éthique et le choix de gestion non éthique conduisent au même résultat productif¹⁸⁰. Autrement dit, la préférence managériale entre un choix gestionnaire éthique et un choix gestionnaire rationnel ne peut être exprimée que lorsqu'il n'existe pas, entre ces deux choix, une divergence importante des coûts et résultats produits. L'on peut se demander si un tel modèle de l'entreprise éthique, qui s'oppose clairement à la vision kantienne de l'éthique, ne se rapproche pas plutôt de l'entreprise focalisée sur la performance. Selon Emmanuel Kant, pour évaluer la moralité d'un acte, il ne faut pas s'intéresser aux résultats ou aux conséquences de celui-ci, mais uniquement à l'intention qui l'a inspiré, la « bonne volonté » étant la condition nécessaire et suffisante de la valeur morale¹⁸¹. L'intention se traduit par « les maximes de la volonté qui sont prêtes à se traduire ainsi en actions, alors même que l'issue ne leur serait pas favorable »¹⁸². Selon cette vision, une entreprise qui poursuit une politique éthique ayant comme réel objectif le profit n'est pas réellement éthique.

¹⁷⁵ Fabienne Cardot, *op. cit.*

¹⁷⁶ Commission nationale française pour l'UNESCO, *Éthique et droits de l'homme dans la société de l'information : actes, synthèse et recommandations*, Conférence de la région Europe, 13 -14 septembre 2007 Strasbourg France, Paris, Commission nationale française pour l'UNESCO, pp. 7-10.

¹⁷⁷ Guy Giroux, « L'éthique : portée et limites de l'autorégulation libérale de l'économie dans un contexte de mondialisation » In *Éthique en entreprise : actes du colloque franco-québécois d'Aix-en-Provence des 6 et 7 juillet*, Aix-en-Provence, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2001, p. 53.

¹⁷⁸ Gilles Dryancour, « L'éthique est-elle un outil de gestion ? », In *Éthique en entreprise : actes du colloque franco-québécois d'Aix-en-Provence des 6 et 7 juillet*, Aix-en-Provence, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2001, p. 99.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 100-101.

¹⁸¹ Emmanuel Kant, *Fondements de la Métaphysique des mœurs*, (traduction de Victor Delbos), Paris, Delagrave, 1971, p. 38, p. 112.

¹⁸² *Ibid.*, p. 161.

42. Pour d'autres, l'éthique en entreprise s'est développée en réaction à l'impact des activités de l'entreprise sur l'environnement et la société : il s'agit d'une éthique « pragmatique qui se développe dans le cadre de l'action, à partir de la nécessité de réagir à des erreurs, affaires, scandales, qui révoltent l'opinion et nuisent au développement commercial de l'entreprise »¹⁸³. Dans un objectif de développement commercial de l'entreprise et d'amélioration de son image, l'éthique devient plus qu'une politique, plus qu'une démarche ; elle devient partie même de l'identité du groupe et un élément de différenciation par rapport à ses concurrents¹⁸⁴. La notion d'éthique d'entreprise peut également prendre une forme plus altruiste : l'entreprise éthique se détache des objectifs financiers stricto sensu et prend la forme d'engagements (financiers, sociaux, ou encore environnementaux) assumés par l'entreprise au-delà du cadre légal, de ses missions de production et de ses objectifs économiques¹⁸⁵.

43. Dans tous les cas, pour qualifier une entreprise d'« éthique », l'éthique doit se refléter de façon structurelle et intersectionnelle dans toutes les décisions managériales de la société. Une action environnementale ou une démarche RSE isolée ne suffit pas pour qualifier une entreprise d'« éthique ». En outre, l'éthique constitue une politique managériale de l'entreprise et, comme telle, doit être accompagnée des moyens suffisants et concrets pour sa mise en œuvre ; comme toute politique, elle devra aussi faire l'objet d'un suivi et d'une évaluation¹⁸⁶.

Enfin, dans le contexte actuel des entreprises transnationales et de l'internationalisation des relations de travail, l'enjeu de l'éthique dépasse largement le niveau de l'entreprise : il existe un besoin accru de reconnaissance des fondements éthiques mondiaux ou encore universels. Ce besoin se traduit par l'adoption, de la part des grandes entreprises multinationales, des codes de conduite, des normes RSE, des accords transnationaux relatifs à l'éthique, des droits sociaux et des droits de l'Homme. Pour certains auteurs, la diversité s'inscrit dans une telle démarche et reflète la volonté de créer une culture inclusive au sein de l'entreprise. Pour d'autres, la diversité est un outil de performance, indépendant des connotations éthiques et morales.

¹⁸³Par exemple, les entreprises multinationales coupables de transgressions de nature environnementale ou sociale, développent par la suite une politique plus « éthique » pour y remédier et rétablir leur image aux yeux du public. Fabienne Cardot, *L'éthique d'entreprise*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, pp. 9-10.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 8.

B) Le modèle de l'entreprise néo-libérale focalisée sur la performance

44. La performance constitue une nécessité pour la survie de l'entreprise et par conséquent, la motivation la plus puissante pour la mise en place d'une politique de diversité. En premier lieu, il convient de s'intéresser à l'articulation entre l'État et le marché, une articulation qui a évolué et se reflète dans le modèle de l'entreprise d'aujourd'hui. Dans l'État Providence de la fin du XIX^e siècle, le marché du travail et les lois le régissant adoptaient une vision protectrice vis-à-vis les salariés¹⁸⁷ ; il s'agissait de protéger les travailleurs des risques inhérents au marché du travail, tel que le chômage et les accidents et maladies professionnelles. L'État keynésien, depuis les années 1940, a donné la priorité à la régulation du marché du travail, à travers des politiques monétaires et budgétaires et une vision macroéconomique¹⁸⁸. Enfin l'État néo-libéral, apparu depuis les années 1980, vise l'avènement d'un grand marché, où la concurrence est libre et non-fauscée¹⁸⁹ ; ce nouveau marché marque le passage des droits aux incitations et s'intéresse à l'évaluation et au classement des performances. Ce passage démontre davantage que le droit et l'économie sont intrinsèquement liés, notamment en ce qui concerne des domaines qui sont par nature affectés par la situation économique : les échanges et les marchés. Parmi les marchés, le marché du travail est également touché par cette dialectique entre droit et économie. Comme tout autre marché, le marché du travail est soumis aux règles et aux évolutions économiques et vise à atteindre la meilleure performance. Les entreprises ne peuvent que suivre ce modèle néo-libéral imposé par le marché lui-même. Pour être compétitive, l'entreprise doit être performante. Pour ce faire, l'entreprise suit des modèles, des indicateurs, des politiques managériales ayant produit les meilleurs résultats. Dans cette vision, l'Homme est perçu comme un facteur managérial, un facteur pour accroître la productivité de l'entreprise. Actuellement et avec encore plus d'intensité depuis la crise sanitaire due au COVID-19, la performance de l'entreprise est étendue pour inclure, au-delà de la seule performance financière, l'impact social et environnemental de l'entreprise¹⁹⁰.

45. **L'Homme en tant que facteur managérial.** Indépendamment du modèle managérial, pour atteindre ses objectifs, une entreprise met en place des modèles de gestion managériaux en tenant compte des facteurs nécessaires pour réussir. La notion de gestion désigne la combinaison des facteurs de production en vue d'offrir un bien qui réponde aux exigences des

¹⁸⁷ Alain Desrosières, *Gouverner par les nombres, L'argument statistique II*, Paris, Presses de l'École des mines, 2008, pp. 12-13.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁹⁰ Felix Torres, *op.cit.*, p. 83.

consommateurs¹⁹¹. Parmi ces facteurs de production figure le « facteur humain » ou le « capital humain ». Le capital humain renvoie à l'idée de capacité productive, innée à chaque personne, qui se construit et se développe à travers, notamment, deux composantes : l'éducation et l'expérience professionnelle¹⁹². Le facteur humain était considéré à l'origine seulement comme un facteur de production, une variante économique sans distinction particulière. Cependant l'homme est une ressource polyvalente qui comprend des aspects imprévisibles et incontrôlables.

Dans un premier temps, les entreprises ont essayé de contrôler ces aspects : un exemple est la vision tayloriste de la production, qui soutient une gestion « automatique » de la ressource humaine¹⁹³. Cette vision purement économique du travailleur a évolué progressivement, notamment à travers l'apparition de recherches démontrant, dès le début du XX^e siècle, que la prise en compte des aspects humains peut conduire à de meilleurs résultats productifs¹⁹⁴. Par conséquent, les ressources humaines ne peuvent être traitées comme les autres ressources économiques. Au contraire, une entreprise qui met en avant les besoins de ses salariés peut acquérir un avantage compétitif, puisque ce sont justement les salariés qui détermineront le succès ou l'échec de l'entreprise¹⁹⁵. Pour gérer efficacement les ressources humaines, deux éléments principaux doivent être considérés¹⁹⁶ : premièrement, chaque individu faisant partie de l'entreprise doit être convaincu que son investissement personnel est « équitable », c'est-à-dire que le temps et l'effort investis sont récompensés de façon équitable, qu'il s'agisse du montant de la rémunération, de l'accès à des formations et à des opportunités de promotion, de la sécurité de l'emploi, etc.

¹⁹¹ Gilles Dryancour, « L'éthique est-elle un outil de gestion ? », In *Éthique en entreprise : actes du colloque franco-québécois d'Aix-en-Provence des 6 et 7 juillet*, Aix-en-Provence, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2001, p. 99

¹⁹² Virginie Martin, Marie-Cécile Naves, *Talents gâchés : le coût social et économique des discriminations liées à l'origine*, La Tour d'Aigues, L'aube, 2015, pp. 70-71.

¹⁹³ Audrey Klesta, « Un Français en Amérique : le développement des ressources humaines et les différences culturelles », In *La résistance culturelle: fondements, applications et implications du management interculturel*, Pierre Dupriez, Solange Simons, Bruxelles, De boeck, 2002, pp. 189-190.

¹⁹⁴ Elton Mayo a déduit ce constat dans les années 1930, à la suite d'une expérience réalisée au sein de l'usine Western Electric de Chicago. Il a observé que la performance des travailleurs s'est améliorée en raison de la présence de chercheurs sur le lieu de travail. Cette amélioration n'était pas due aux facteurs expérimentaux mais à la conscience des travailleurs qu'ils étaient sujets à une expérience. Cet effet est connu comme l'« effet Hawthorne » ou l'« expérience Hawthorne ». V. Virginia Drummond, *op.cit.*, p. 26.

¹⁹⁵ Audrey Klesta, *op.cit.*, p. 190.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 190-191.

Deuxièmement, l'entreprise doit se rendre compte du fait qu'un salarié mécontent ne fournit dans son travail que le minimum nécessaire pour éviter un licenciement. Un salarié qui se sent « exploité » par l'entreprise n'investira pas la totalité de son potentiel au bénéfice de celle-ci. De ces éléments, on déduit que le management peut échapper à sa fonction purement économique en incluant les différentes dimensions qui s'attachent au facteur humain. La diversité fait partie de ces dimensions ; par conséquent, le management de la diversité, qui affecte la composition même du personnel, constitue indéniablement une composante importante du management des ressources humaines et, par extension, de la fonction juridique de l'entreprise.

46. Quelle est la place d'une politique de diversité, d'une politique RSE, d'une politique éthique dans le cadre de l'entreprise néo-libérale visant la performance maximale ? Selon Aristote, le commerce en vue du profit est une pratique égoïste dépourvue de vertu¹⁹⁷. Le Prix Nobel d'économie Milton Friedman¹⁹⁸ avait mis en exergue l'antilogie entre la recherche d'une responsabilité sociale et le « business » dans une économie libre : selon lui, la seule responsabilité sociale pour l'entreprise se limite à « utiliser ses ressources et s'engager dans des activités destinées à accroître ses profits, et cela aussi longtemps que l'entreprise pratique une concurrence ouverte et libre, sans tromperie ni fraude »¹⁹⁹. Selon cette vision libérale, la responsabilité sociale qui vise à aller au-delà de cet objectif n'est possible que si elle conduit au même niveau de profits. Friedmann s'oppose par conséquent à tout don ou activité charitable de la part d'une entreprise, car ceux-ci constituent un usage impropre de ses fonds²⁰⁰. Pour les adeptes de la théorie de l'éthique du profit, avoir le profit comme objectif prioritaire est un choix éthique en soi : une entreprise qui n'est pas performante portera préjudice à l'ensemble des acteurs impliqués et constituera une charge pour la collectivité²⁰¹.

47. En mettant de côté le débat philosophique du caractère éthique du profit, le profit se trouve, en tant qu'objectif prioritaire, derrière les démarches éthiques de l'entreprise. L'éthique

¹⁹⁷ Aristote opérait une distinction entre l'économie domestique, nécessaire pour toute société, et la chrématistique, le commerce en vue du profit, fondé sur un objectif d'enrichissement personnel condamnable moralement. Robert C. Solomon, « Approche aristotélicienne de l'éthique des affaires », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, 2011, pp. 206-207.

¹⁹⁸ Économiste américain, défenseur de l'économie libérale, lauréat du Prix Nobel d'Économie en 1976 pour ses travaux sur « l'analyse de la consommation, l'histoire monétaire et la démonstration de la complexité des politiques de stabilisation ».

¹⁹⁹ Milton Friedman, *Capitalisme et Liberté*, Paris, Éditions LEDUC.S, 2010, p. 216.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 218-219.

²⁰¹ Cécile Le Gallou, *op.cit.*, p. 15.

d'entreprise sert avant tout les activités de l'entreprise elle-même. Elle émerge en tant que « nécessité stratégique permettant de répondre aux attentes des différents partenaires de l'entreprise, dont les salariés, et se traduit nécessairement à travers les règles retenues pour le partage du profit généré par l'entreprise »²⁰². Cela apparaît clairement dans les préambules de divers accords en matière de diversité, qui citent la performance parmi les raisons ou les objectifs primaires de l'adoption de l'accord²⁰³.

La structure organisationnelle de l'entreprise et ses orientations tournent autour de son efficacité et de sa performance, ce qui conduit souvent à négliger les autres aspects de son activité, y compris les aspects éthiques²⁰⁴. Selon Adam Smith, père de l'économie scientifique moderne, les échanges commerciaux sont motivés par la poursuite des intérêts personnels, ce qui, pour certains commentateurs, peut exclure l'intérêt général ou la poursuite d'intérêts autres que personnels²⁰⁵. Pour les Professeurs Amartya Sen²⁰⁶ et Norman E. Bowie²⁰⁷, la poursuite d'un intérêt personnel n'exclut pas la poursuite d'un intérêt général. Ils invoquent tous les deux l'exemple du Japon afin de démontrer comment le modèle capitaliste peut réussir sous une

²⁰² Ferdinand Edimo Nana, « Éthique et partage du profit en droit du travail », In *L'entreprise face à l'éthique du profit*, Georges Virassamy (dir.), Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 124-125

²⁰³ Par exemple : dans le préambule du premier accord sur la « diversité et la cohésion sociale » du groupe PSA Peugeot Citroën du 28 septembre 2004, il est mentionné que « la coexistence de profils variés est une source de complémentarité, d'équilibre et d'efficacité économique » et que « le respect des différences, et en tirer parti sans les nier, facilite la confrontation des idées, de perspectives nouvelles, renforçant la performance d'ensemble par de meilleures décisions, une créativité accrue et une action plus efficace. ». La même formule se retrouve dans les accords qui l'ont suivi en vue de renouveler l'engagement du groupe en matière de diversité en 2008 et en 2015. Dans l'accord « en faveur de la diversité et contre les discriminations » de l'Électricité de Strasbourg du 23 février 2007, la société justifie, dans le préambule, son intérêt pour la thématique de la diversité. Parmi les arguments figurent « l'efficacité et la compétitivité économique qui indiquent des trouver des talents nouveaux en sortant des stéréotypes habituels » ainsi que « les attentes des clients et des fournisseurs souhaitant se trouver dans la diversité ».

Un autre exemple est celui de l'accord « sur la diversité et la cohésion sociale » du groupe Carrefour du 1^{er} juillet 2008, qui précise dans les premières lignes de son préambule que la différence des profils est « une source de richesses dont l'entreprise doit tenir compte et tirer profit » et que « cette diversité contribue en effet au développement et à la performance de l'entreprise ».

Le préambule de l'accord de Metro Paris du 1^{er} octobre 2020 considère « qu'une politique Diversité et Inclusion chez METRO France est un vecteur important de performance économique et que la diversité des profils favorise l'innovation et la créativité. »

Suivant le même esprit : « accord relatif au développement de l'égalité professionnelle et de la diversité » au sein de l'UES Batigère du 26 juin 2015, accord « en faveur de la diversité et de l'égalité professionnelle » de Moët et Chandon du 20 décembre 2011, « accord-cadre de groupe relatif à la diversité » du groupe Saint gobain du 6 septembre 2012.

²⁰⁴ Alasdair MacIntyre, « Pourquoi les problèmes de l'éthique des affaires sont-ils insolubles ? », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, 2011, pp. 42-45.

²⁰⁵ Amartya Sen, « L'éthique des affaires a-t-elle un sens d'un point de vue économique ? », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, 2011, pp. 49-51.

²⁰⁶ Économiste et philosophe indien, lauréat du Prix Nobel d'Économie en 1998 pour ses travaux sur la famine, sur la théorie du développement humain, sur l'économie du bien-être, sur les mécanismes fondamentaux de la pauvreté et sur le libéralisme politique.

²⁰⁷ Professeur américain spécialisé en « *business ethics* ».

forme différente de celle qui présente la productivité comme seul objectif ; au Japon, de nombreuses activités commerciales sont fondées sur des motivations « désintéressées », l'entreprise étant perçue comme une union sociale qui dépasse les intérêts individuels de ses membres et en même temps capable de parvenir à des résultats de performance économique extraordinaires²⁰⁸. Par conséquent, une prestation de travail dont l'objectif ne se limite pas au seul intérêt économique, peut devenir plus performante économiquement, car plus valorisante pour toutes les personnes impliquées. En effet, il ne faut pas concevoir l'éthique comme une force d'opposition face au système économique, mais plutôt comme un complément à ce système²⁰⁹.

Ce lien entre éthique et performance est également de plus en plus pris en compte par les grandes entreprises, comme le montre le rapport du cabinet PwC de 2017²¹⁰ : depuis 2012, le nombre de licenciements de dirigeants pour des manquements liés à l'éthique a augmenté de 36%. Cette hausse s'explique par le renforcement des réglementations, mais aussi par la prise de conscience de l'importance de l'opinion publique et de sa surveillance, permettant une dénonciation rapide et publique des manquements à l'éthique.

48. La politique économique de l'UE semble adhérer au principe selon lequel la performance ne se limite pas à l'aspect économique et promeut la direction vers un modèle d'économie durable par le biais d'un ensemble de textes normatifs, de résolutions et de communications²¹¹. La communication de 2014 de la Commission sur l'état des lieux de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive²¹² explique

²⁰⁸ Amartya Sen, *op.cit.*, pp. 57-58.

Et Norman E. Bowie, « L'entreprise comme règne des fins », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, 2011, p. 169.

²⁰⁹ Gérard Farjat, « L'éthique et le système économique, une analyse juridique », In *L'éthique dans les Relations économiques Internationales : en hommage à Philippe Fouchard : colloque*, Alexandrie, 28 avril 2005, Ahmed El Kosheri (dir.), Paris Pedone, 2006, pp.

²¹⁰ PwC, Communiqué de presse, *Turnover des dirigeants d'entreprise : un nombre croissant de dirigeants remerciés pour des raisons éthiques depuis 2012*, 15 mai 2017. V. aussi : Le Monde avec AFP, *Augmentation du nombre des dirigeants congédiés pour des manquements liés à l'éthique*, 15 mai 2017, Mooréa Lahalle, *De plus en plus de PDG congédiés pour manquement à l'éthique*, France Bleu, 15 mai 2017.

²¹¹ Le développement durable constitue un objectif de l'UE depuis le Traité de Lisbonne, un objectif qui concerne à la fois le marché intérieur (article 2) ainsi que l'action de l'UE sur la scène internationale (art. 10A). Traité de Lisbonne, Traité modifiant le traité sur l'Union Européenne et Traité instituant la communauté européenne, 17 décembre 2007, 2007/C 306/01.

Plusieurs textes postérieurs confirment cette volonté et mettent l'accent sur la mise en place d'une « économie durable », par exemple : « Développer le potentiel d'emplois d'une nouvelle économie durable », Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010, OJ-C 308 du 20.10.2011, p. 0006 – 0018.

²¹² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *État des lieux de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, 5 mars 2014.

davantage ce nouveau modèle d'économie et établit un lien direct entre l'éthique et la performance : l'introduction de la communication se réfère aux « nombreuses organisations à encourager une croissance intelligente, durable et inclusive et à voir en elle un élément indissociable du développement économique. » Cette communication, faisant suite à une période de crise économique et financière prolongée, met l'accent sur l'importance de la croissance « intelligente, durable et inclusive » en tant que solution aux attentes des citoyens européens et au maintien par l'UE de son rang sur la scène mondiale. De ce point de vue, une entreprise se positionne sur le terrain éthique pour améliorer sa performance.

49. Pour conclure, classons les motivations sous-tendant les politiques d'éthique, de diversité et de RSE en quatre catégories²¹³ : la première considère qu'une politique à objet social est permise seulement si elle est créatrice de profits pour l'entreprise ; la deuxième soutient qu'une entreprise accepte de s'engager dans des activités à but social car elle est consciente de son pouvoir et de sa responsabilité envers la société ; la troisième catégorie se focalise sur les liens d'interdépendance entre l'entreprise et la société, la société doit s'engager socialement parce que l'existence de l'entreprise dépend de la croissance de la société elle-même ; enfin, la quatrième catégorie dissocie l'éthique du profit et considère que les politiques de RSE et d'éthique en général constituent une obligation éthique pour l'entreprise, une obligation indépendante des considérations économiques.

La première approche est considérée par certains²¹⁴ comme la plus intéressante, car elle dépasse la théorie de Friedmann et montre que l'objectif économique et l'objectif social ne sont pas nécessairement incompatibles pour l'entreprise. De cette approche émerge la notion du *business case*, qui met l'accent sur ce lien entre la performance et l'éthique. La diversité se trouve au cœur de cette vision performative de l'éthique, la théorie du *business case* mettant en exergue les avantages en termes de performance d'une main d'œuvre diversifiée en entreprise.

²¹³ Classification opérée par les chercheurs espagnols Elisabet Garriga et Domènec Melé, spécialisés « business ethics » et RSE. Elisabet Garriga, Domènec Melé, « Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory », *Journal of Business Ethics*, vol. 53, 2004, pp. 52-53.

²¹⁴ Vincent Frigant, « Beyond The Business Case and Sustainable chain management: Why Do We Need to Build a Theory of Interfirm Social Responsibility? », *M@n@gement*, 2015, vol. 18(3), pp. 234-235.

Section 2. Le business case : partie intégrante de la diversité managériale

50. Les politiques en matière de diversité visent à incarner « un néolibéralisme vertueux mariant responsabilité sociale, innovation sociale et performance »²¹⁵. Sur quels fondements la diversité est-elle liée de façon si étroite à la performance ? La réponse se trouve dans la théorie du *business case* : le *business case* se fonde sur l'hypothèse que les gains économiques issus d'une politique de RSE peuvent compenser le coût de la mise en œuvre de cette politique²¹⁶. Cette hypothèse a généré deux approches distinctes de la notion du *business case*. La première est strictement utilitariste et cherche à démontrer comment les politiques sociales améliorent l'efficacité performative de l'entreprise, tandis que la seconde, bien que l'objectif de performance soit central, est plus qualitative et reconnaît l'existence de relations directes et indirectes diverses entre l'éthique et la performance²¹⁷. La révélation de ces relations constitue la source de nombreuses recherches ; certaines essaient de démontrer comment les politiques d'éthique améliorent la performance productive et diminuent des coûts ; d'autres se focalisent sur l'aspect commercial et l'accroissement de l'attractivité d'une entreprise grâce à la mise en place de ces politiques ; enfin, certaines se focalisent sur des éléments difficiles à appréhender et à mesurer, tels que les effets de ces politiques sur l'organisation même de l'entreprise, à travers, par exemple, les formations de sensibilisation de ses managers²¹⁸.

La diversité managériale peut être définie comme l'effort visant à maximiser les compétences uniques de chaque salarié au sein de l'entreprise ; il s'agit en particulier des techniques de recrutement, de formation et de promotion mettant en valeur les groupes sous-représentés dans l'entreprise²¹⁹. Le *business case* consiste à la mise en valeur des résultats économiques positifs de la diversité²²⁰. La notion du *business case* est liée à l'idée que la diversité de la main d'œuvre peut améliorer la performance globale de l'entreprise²²¹. Ainsi, selon l'approche du *business*

²¹⁵ Réjane Sénac, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 171.

²¹⁶ Vincent Frigant, *op.cit.*, p. 236.

²¹⁷ Vincent Frigant, *op.cit.*, p. 236.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 236.

²¹⁹ Byron J. Hollowell, « Examining The Relationship Between Diversity And Firm Performance », *Journal of Diversity Management*, 2007, Volume 2, Number 2, p. 51.

²²⁰ Jean-Marie Peretti, « Politique de diversité et performance de l'organisation », *Entreprise éthique* n°34, avril 2012, p. 20.

Et Jean-Marie Peretti, Bruce Roch, « Regards croisés sur les diversités », *Encyclopédie des diversités*, Jean-Marie Peretti, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2012, p. 21.

²²¹ Sandrine Berger-Douce, « Les PME, ces oubliés de la diversité ? », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 219.

case de la diversité, une politique de diversité est nécessaire afin « d’anticiper le comportement du consommateur », représenter la « réalité de la clientèle » et la structure de la population, ou encore construire une certaine image et réputation pour l’entreprise ²²².

L’idée selon laquelle une main d’œuvre diversifiée peut améliorer la performance de l’entreprise se trouve au cœur des initiatives en matière de diversité. Toutefois, un débat complexe existe sur le véritable effet de la diversité sur la performance (paragraphe 1). En outre, si l’on accepte le postulat du *business case* de la diversité, il faut également s’interroger sur la manière avec laquelle la diversité doit être mise en place afin d’obtenir les meilleurs résultats en termes de performance (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La diversité en tant que facteur de performance : un débat continu

51. Le droit du travail est intrinsèquement lié à l’économie, celle-ci affectant directement les emplois, le chômage et leurs conséquences respectives en matière de coûts sociaux. Pour affronter l’aléa économique, Alain Supiot propose la performance économique à travers la notion de flexibilité : la charge de cette flexibilité doit être répartie entre l’ensemble de partenaires de la relation de travail (entreprises, salariés, collectivités) sans compromettre la sécurité des travailleurs²²³. Pour y parvenir, il faut prendre en considération les différents facteurs de performance économique, les facteurs économiquement efficaces : le potentiel humain faisant partie de ces facteurs²²⁴. La diversité de la main d’œuvre est alors présentée par certains auteurs comme un facteur de performance économique, d’où il ressort l’intérêt économique, social mais également juridique de mettre la diversité en avant et d’impliquer tous les acteurs concernés. Il n’existe toutefois aucun consensus quant aux effets de la diversité sur la performance économique. Pour les adeptes de la diversité en entreprise, le lien semble évident, tandis que pour ses opposants, la diversité constitue une source de conflits nuisible pour la performance. Nous pouvons distinguer deux arguments pour le caractère performant de la diversité au travail. Le premier véhicule l’idée selon laquelle il existerait une corrélation directe entre la diversité et la productivité (A). Le second fait état d’un lien indirect, celui de la réduction du coût des discriminations grâce aux politiques de diversité en entreprise (B).

²²² Milena Doytcheva, *op.cit.*, pp. 84-85.

²²³ Alain Supiot. (dir.), *Au-delà de l’emploi: les voies d’une vraie réforme du droit du travail*, Paris, Flammarion, 2016, p. 258.

²²⁴ *Ibid.*, p. 263.

A) La diversité en tant que facteur de productivité

52. L'Union Européenne retient fortement l'approche managériale rattachée à la performance économique de la diversité et encourage les employeurs à inclure la diversité dans leur agenda stratégique et économique. Sur une période de douze ans (2003 à 2015), de nombreux rapports issus de la Commission Européenne visent à expliquer les bénéfiques performateurs et économiques du management de la diversité, son impact sur l'entreprise et les bonnes pratiques à suivre²²⁵. Dans sa publication de 2008 intitulée « continuer dans la voie de la diversité », la Commission relie directement la question de la diversité avec la productivité et l'innovation et se fonde sur des enquêtes ayant démontré une corrélation positive entre ces éléments²²⁶. Toutefois, la publication ne se limite pas à présenter seulement les bienfaits de la diversité, mais souligne qu'en cas de mauvaise gestion de la diversité, peuvent se produire des résultats négatifs et de faibles niveaux d'innovation²²⁷. La proposition de résolution sur les progrès accomplis en matière d'égalité entre les femmes et les hommes dans l'Union en 2013, adoptée au Parlement européen en 2015, relie directement l'égalité des sexes à la performance économique en relevant « qu'une participation égale des femmes et des hommes au marché du travail permettrait d'augmenter de manière substantielle le potentiel économique de l'Union européenne tout en garantissant son caractère équitable et inclusif »²²⁸.

53. Ce lien est également affirmé par les textes normatifs de l'Unesco sur la diversité culturelle. La Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle présente la diversité culturelle comme un facteur de développement économique²²⁹. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles associe la diversité culturelle avec le développement durable. Les politiques promouvant la diversité culturelle se

²²⁵ Commission Européenne, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe – The business case for diversity*, 2016, http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=52837#Business_Case_Diversity.

²²⁶ Les données proviennent notamment de l'enquête sur la diversité et l'innovation réalisée par Focus Consultancy Ltd, en collaboration avec l'European Institute for Managing Diversity en 2008 et en combinaison avec des rapports britanniques et américains sur le lien de la diversité avec l'innovation et la performance.

Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Continuer dans la voie de la diversité : les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, octobre 2008-publié en mai 2009, pp. 27-36.

²²⁷ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Continuer dans la voie de la diversité : les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, octobre 2008-publié en mai 2009, p. 32.

²²⁸ Article 5 de la Proposition de résolution du Parlement européen sur les progrès accomplis en matière d'égalité entre les femmes et les hommes dans l'Union en 2013 (2014/2217(INI)), EuroParl.europa.eu, 28 janvier 2015.

²²⁹ Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, 2 novembre 2001, article 3 : « La diversité culturelle élargit les possibilités de choix offertes à chacun ; elle est l'une des sources du développement, entendu non seulement en termes de croissance économique, mais aussi comme moyen d'accéder à une existence intellectuelle, affective, morale et spirituelle satisfaisante. »

rattachent à la coopération pour le développement durable et la réduction de la pauvreté, une coopération que les parties signataires s'engagent à soutenir, particulièrement pour ce qui concerne les besoins spécifiques des pays en développement, en vue de favoriser l'émergence d'un secteur culturel dynamique²³⁰.

54. Quant à la position française, le Fonds Social Européen en France (FSE) met en exergue la diversité en tant que levier de performance pour l'entreprise²³¹. Il se fonde sur des études empiriques managériales ayant démontré un lien positif entre la diversité et la performance et opère les constats suivants : premièrement, les différences entre les salariés se présentent comme des atouts en termes de performance pour l'entreprise. Ces différences contribuent à la compétitivité de l'entreprise et sa capacité à conquérir des nouveaux marchés. Deuxièmement, elles favorisent l'innovation et la créativité et facilitent la résolution des problèmes grâce à « la complémentarité des profils et la présence dans les équipes de modes de pensée variés ». En outre, la diversité au travail favorise le développement économique à l'international, celui-ci nécessitant une connaissance des langues et des codes culturels étrangers. Enfin, la diversité affecte la performance de manière indirecte ; en améliorant la cohésion interne et la motivation des salariés, en fidélisant les collaborateurs, en rendant l'entreprise plus attractive. Les rapports de l'Institut Montaigne adhèrent également à ces arguments : dans son rapport « Les oubliés de l'égalité des chances » de 2004, l'Institut présente le Canada comme « le pays de la diversité » et une « société inclusive par référence » et se réfère à des études canadiennes ayant démontré que la diversité des effectifs produit des effets positifs pour la productivité et l'image de l'entreprise, l'amélioration du moral des employés, ou encore la diminution de l'absentéisme²³².

Bien évidemment, il convient également de garder à l'esprit le fait que le FSE ainsi que l'Institut Montaigne sont des adeptes de la mise en place de la diversité au travail et se fondent par conséquent, pour étayer leurs recherches, sur des exemples qui favorisent cette position.

²³⁰ Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles 2005 de l'UNESCO, 20 octobre 2005, art. 13 et 14.

²³¹ Fonds social européen en France, dossier thématique : *La diversité en entreprise, source de richesses et levier de performance*, 24 avril 2017, <http://www.fse.gouv.fr/dossiers-thematiques/la-diversite-en-entreprise-source-de-richesses-et-levier-de-performance-0>.

²³² Institut Montaigne, *Les oubliés de l'égalité des chances*, janvier 2004, p. 111 et p116, [https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_oublies-de-legalite-des-chances\(2\).pdf](https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_oublies-de-legalite-des-chances(2).pdf).

B) La diversité en tant que facteur de réduction des « coûts des discriminations »

55. Un argument qui gagne en popularité sur le territoire français est celui du « coût des discriminations ». Cet argument n'est pas nouveau, il renvoie notamment aux conséquences légales et financières des pratiques contraires à l'éthique et pénalisées par l'État²³³. Suivant ce raisonnement, la diversité, liée à la lutte contre les discriminations, constitue une solution rentable et performative parce qu'elle contribue à la diminution des coûts générés par les discriminations au travail. La théorie selon laquelle il faut prendre en considération les conséquences financières cachées, négatives ou positives, des discriminations a été développée par le groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise en 2015²³⁴. Ce groupe de dialogue, réunissant les partenaires sociaux et les associations, a été créé le 29 octobre 2014 par le ministre du travail dans l'objectif d'identifier les moyens susceptibles de réduire les discriminations collectives dans l'entreprise ainsi qu'au moment du recrutement²³⁵. La démonstration des gains de la lutte contre les discriminations constitue la première thématique prioritaire de ce rapport²³⁶ : son objectif est d'inverser la mentalité des employeurs qui considèrent que lancer des actions antidiscriminatoires, ou opter pour une main d'œuvre plus diversifiée, est coûteux et néfaste pour la performance de l'entreprise. Bien évidemment, comme le rapport l'indique, la mise en place d'une action contre les discriminations suppose un coût, qu'il s'agisse de l'anonymisation des CV ou de la mise en place de formations pour la sensibilisation des managers et des recruteurs.

56. Dans la littérature britannique, l'on distingue trois types de coûts liés à la mise en place de pratiques antidiscriminatoires²³⁷ : des coûts de transition (*compliance costs*), qui incluent les coûts légaux ou les coûts de modification de pratiques ; des coûts d'information (*informational costs*), qui impliquent les frais d'information générés par l'interdiction de se fier à l'appartenance d'une personne à certains groupes pour des considérations pertinentes ; et enfin, des frais d'adaptation (*accommodation costs*), qui consistent en l'obligation, pour l'employeur, de faciliter l'accès de la personne concernée à une opportunité pertinente, qu'il s'agisse de l'extension ou du retrait d'un avantage, de l'octroi de prestations spéciales ou des

²³³ Donald P. Robin, R. Eric Reidenbach, *Business ethics : where profits meet value systems*, Englewood Cliffs, N.J, Prentice Hall, 1989, p. 8.

²³⁴ Gwenaëlle Bargain, « L'évaluation économique du coût des discriminations », *Revue de droit du travail*, 2017 p. 205.

²³⁵ Jean-Christophe Sciberras (président du groupe), Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise, 13 mai 2015, p. 3, https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Sciberras.pdf.

²³⁶ *Ibid.*, p. 9.

²³⁷ Tarunabh Khaitan, *A theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 188-190.

aménagements raisonnables pour les salariés handicapés. En outre, les coûts liés à la mise en place des pratiques antidiscriminatoires sont accompagnés de divers avantages en termes de performance. En revanche, le coût des discriminations n'est accompagné d'aucun avantage, relatif à la performance ou autre, pour l'entreprise et peut se révéler conséquent, notamment lorsqu'il aboutit à des contentieux.

France Stratégie²³⁸ rejoint également cette optique dans son rapport de 2016 intitulé « Le coût économique des discriminations »²³⁹. Le rapport adopte une approche macroéconomique et se fonde sur une approche « d'analyse des écarts entre la situation d'un groupe discriminé et celle d'une population de référence, à partir d'enquêtes statistiques »²⁴⁰. Le rapport révèle plusieurs coûts qui découlent de ces écarts discriminatoires ; premièrement, les discriminations entravent l'accès au marché du travail d'une partie de la population apte à travailler, ce qui emporte des conséquences économiques négatives pour les personnes discriminées, les entreprises, le marché du travail et même l'économie du pays, puisque le taux d'activité est réduit et le chômage augmenté²⁴¹. L'élargissement de la population active aboutit à l'augmentation de l'offre de travail qui, par suite, entraîne la réduction du coût de travail et, par conséquent, du coût de production des biens et services²⁴². Deuxièmement, les discriminations conduisent à une sous-utilisation des individus qualifiés, ainsi qu'à la privation des talents potentiels tandis que « la réduction des discriminations améliore la qualité de la main-d'œuvre sur les postes les mieux rémunérés », ce qui entraîne des incidences économiques positives²⁴³.

²³⁸ Il s'agit du Commissariat général à la stratégie et à la prospective, plus connu sous le nom de « France Stratégie », mis en place par le Décr. n°2013-333, 22 avr. 2013, successeur au Conseil d'analyse stratégique. Gwenaëlle Bargain, « L'évaluation économique du coût des discriminations », *Revue de droit du travail*, 2017 p. 205.

France Stratégie est un organisme d'expertise et d'analyse prospective sur les grands sujets sociaux et économiques, rattaché au Premier Ministre. Il produit des rapports, formule des recommandations et organise des débats. Selon sa page officielle, il vise à dialoguer avec les partenaires sociaux et la société civile pour enrichir ses analyses et prendre en compte la perspective européenne et internationale.

France Stratégie, page officielle, <https://www.strategie.gouv.fr/>.

²³⁹ Gilles Bon-Maury, Catherine Bruneau, Clément Dherbécourt, et alii, *Le coût économique des discriminations*, France Stratégie, septembre 2016.

²⁴⁰ Selon ce rapport, une partie de cet écart peut être expliquée par des éléments objectifs et observables tels que le niveau de diplôme ; une autre partie des inégalités peut se justifier par des éléments objectifs et non observables tels que le réseau d'interconnaissance des individus ; enfin, une partie de l'écart demeure sans justification, cette partie étant attribuée à une différence de traitement discriminatoire.

Ibid., pp. 7-8.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 17-18.

²⁴² La diminution du coût du travail qui équivaut à une baisse de salaire pour la population de référence n'est pas négative, selon le rapport, puisque les gains seront mieux partagés et le niveau de production plus élevé. À long terme, les salaires de la population « perdante » retrouveront leur niveau initial.

Ibid., pp. 10-11.

²⁴³ *Ibid.*, p. 11, p. 18. 62.

57. Il existe, par conséquent, deux types de coûts économiques générés par les discriminations : un coût réel, qui renvoie par exemple aux dépenses liées à la solidarité nationale ou encore aux dépenses engagées par l'État pour l'éducation des personnes qui, en raison des discriminations, ne parviennent pas à intégrer le marché du travail ou être productives à la hauteur de l'investissement éducatif étatique ; le deuxième coût est le coût d'opportunité, qui correspond au potentiel « gâché » de la personne discriminée et au manque à gagner découlant du fait que cette personne ne soit pas en mesure de contribuer à la même hauteur que les autres agents économiques du pays²⁴⁴. Le rapport ne se limite pas à l'aspect économique mais reconnaît le coût social important des discriminations : pour France Stratégie, l'étude économique des discriminations ne nie pas l'objectif primaire de la lutte contre les discriminations, le respect du principe d'égalité, mais constitue un argument supplémentaire pour les entreprises d'insister davantage sur ce point²⁴⁵.

Cependant, le rapport de France Stratégie de 2016 sur le lien entre la RSE et la compétitivité de l'entreprise procède à un constat logique : « pour que la responsabilité des entreprises puisse être considérée comme une source effective de compétitivité, il faut qu'elle soit valorisée économiquement. Autrement dit, il ne s'agit pas seulement d'évaluer, en négatif, les coûts associés à une défaillance en termes de responsabilité. Il s'agit de quantifier également, en positif, les bénéfices économiques de la responsabilité environnementale et sociale des entreprises »²⁴⁶. Par conséquent, en matière de promotion de la diversité, il ne suffit pas de mettre en avant la diminution des coûts des discriminations : il s'agit en plus de démontrer les avantages apportés en termes de performance.

58. Il existe en France de vives oppositions à l'approche économique du « coût des discriminations » et, par conséquent, à l'approche performative de la diversité. Pour certains auteurs, le respect du principe d'égalité devrait suffire à justifier l'argument de la lutte contre les discriminations ; transformer le débat sur les inégalités en débat économique dénature le sens de la lutte contre les discriminations. Pour Gwenaëlle Bargain, l'argument économique, au soutien de la lutte contre les discriminations, peut être ambivalent, voire dangereux, puisqu'à

²⁴⁴ Virginie Martin, Marie-Cécile Naves, *op.cit.*, pp. 82-83.

²⁴⁵ Gilles Bon-Maury, Catherine Bruneau, Clément Dherbécourt, et alii, *op.cit.*, p. 17

²⁴⁶ Salima Benhamou, Marc-Arthur Diaye, Patricia Crifo, *Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité Évaluation et approche stratégique.*, France Stratégie, janvier 2016, p. 56.

l'opposé de l'argument du respect du principe d'égalité, il est réversible²⁴⁷. En effet, en acceptant que l'argument économique devienne un argument central pour les politiques antidiscriminatoires et, par extension, pour les politiques diversité, on accepte également que, lorsque ces politiques sont moins performantes et plus coûteuses, il n'y a plus d'intérêt à les appliquer, ou encore qu'il existe un intérêt à discriminer dans l'hypothèse où discriminer deviendrait plus avantageux économiquement.

Ce danger est mis en lumière par Réjane Sénac, qui observe que la conception française du principe d'égalité, par principe inconditionnelle, est soumise à des conditions face à l'économie néolibérale et aux besoins du marché²⁴⁸ : l'utile et le performant priment le juste et justifient la reconnaissance des différents sexués et racialisés au nom de la performance économique, sociale et politique ; cette recherche d'utilité et de performance conduit à une « marchandisation » de l'égalité ou encore à une soumission du principe d'égalité aux « valeurs du marché »²⁴⁹. De plus, il existe un risque supplémentaire de l'appréhension de la diversité en tant que performance ou « coût » : justifier l'inclusion d'un salarié représentant une minorité par la performance, c'est attendre qu'il apporte un complément, qu'il soit plus rentable que les autres salariés²⁵⁰. D'où le fait que Réjane Sénac écrive : « l'égalité est morte, vive l'égalité ! »²⁵¹, pour démontrer la nécessité d'opérer un diagnostic sur le principe d'égalité et l'incarnation de l'égalité qui se produit lorsque la conception française de l'égalité se confronte à la conception néolibérale.

Paragraphe 2. La réalisation du *business case* de la diversité dans l'entreprise

59. Il convient de mettre davantage l'accent sur les recherches empiriques en matière de diversité. Leur importance est accrue car elles constituent souvent le raisonnement justifiant l'adoption d'un texte normatif ou la mise en place d'une politique de diversité. De nombreuses recherches empiriques, notamment anglo-saxonnes, ont été effectuées dans l'objectif de démontrer le lien entre la diversité au travail et la performance. Ces recherches constituent l'apogée de la pluridisciplinarité en combinant le droit, la sociologie, l'économie, la statistique

²⁴⁷ Gwenaëlle Bargain, « L'évaluation économique du coût des discriminations », *Revue de droit du travail*, 2017 p. 205.

²⁴⁸ Réjane Sénac, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, *op.cit.*, pp. 170-171.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 194.

²⁵⁰ Réjane Sénac, *L'égalité n'a pas à être « performante »*, Observatoire des inégalités, 6 mars 2018, https://www.inegalites.fr/L-egalite-n-a-pas-a-etre-performante?id_theme=22.

²⁵¹ Réjane Sénac, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, *op.cit.*, p. 194.

et la psychologie. Toutefois, il convient de préciser qu'en l'absence de consensus, le débat continue. Il serait impossible de présenter toutes les recherches effectuées en la matière : un choix a donc été effectué afin de présenter les principaux arguments pour la fonction performative de la diversité et ainsi comprendre davantage la motivation sous-tendant les initiatives en matière de diversité (A). Si l'on peut accepter qu'un lien entre la diversité et la performance existe, il ne s'agit toutefois pas d'accepter que tout type de diversité, toute politique et toute action aboutiront nécessairement aux résultats escomptés, ce qui nous invite à rechercher la diversité la plus performante (B).

A) L'importance de la temporalité et du contextualisme du caractère performant de la diversité

60. La première difficulté quant à la recherche d'un lien entre diversité et performance est due au fait que les effets quant à la performance de la mise en œuvre de la diversité au travail ne se manifesteront pas automatiquement²⁵². L'élément temporel est susceptible de bouleverser les résultats d'une recherche sur la diversité. Par exemple, les recherches s'opposent depuis longtemps sur la valeur performative d'un groupe homogène et d'un groupe hétérogène d'employés. Selon certains chercheurs²⁵³, la similarité des attributs biodémographiques (tels que l'âge, l'ethnie, le genre, le milieu culturel, etc.) constitue un élément d'attractivité et de cohésion dans le groupe, qui améliore sa productivité. Ceci renvoie à la théorie du « goût » pour les discriminations, théorie selon laquelle les agents économiques (employeurs, employés ou consommateurs) préfèrent continuer à interagir avec des personnes appartenant au même groupe, les interactions avec d'autres groupes étant source d'un « coût psychologique »²⁵⁴. Suivant ce raisonnement, un groupe hétérogène est plus propice à générer des tensions et des conflits en raison des différences entre ses membres : ces tensions sont également alimentées par un danger de catégorisation des salariés et de division du groupe en des sous-groupes²⁵⁵. Cette fragmentation du personnel nuit à la communication, la confiance, la motivation et, par

²⁵² Suzan E. Jackson, Aparna Joshi, « Diversity in social context: A multi-attribute, multilevel analysis of team diversity and sales performance », *Journal of Organizational Behavior*, 25, p. 675-702, Leon. C. Prieto, Simone T. A. Phipps, John K. Osiri, « Linking Workplace Diversity To Organizational Performance: A Conceptual Framework », *Journal of Diversity Management*, 2009, Volume 4, Number 4, p. 13.

²⁵³ Frances J. Milliken, Luis L. Martins, « Searching for common threads: Understanding the multiple effects of diversity in organizational groups », *Academy of Management Review*, 2006, 21(2), p. 402-433, Leon. C. Prieto, Simone T. A. Phipps, John K. Osiri, « Linking Workplace Diversity To Organizational Performance: A Conceptual Framework », *Journal of Diversity Management*, 2009, Volume 4, Number 4, p. 15.

²⁵⁴ Virginie Martin, Marie-Cécile Naves, *op.cit.*, p. 76.

²⁵⁵ Astrid Homan, Daan Van Knippenberg, Gerben Van Kleef, Carsten De Dreu, « Bridging faultlines by valuing diversity: Diversity beliefs, information elaboration, and performance in diverse work groups », *Journal of Applied Psychology*, 2007, 92(5), p. 1189-1199.

conséquent, à la performance du groupe. D'autres recherches²⁵⁶ ont abouti à des résultats très différents, voire opposés, et associent l'hétérogénéité du groupe avec la promotion de la créativité et de l'innovation, ainsi que l'amélioration de la résolution des problèmes et du processus décisionnel. Toutefois, certains chercheurs américains établissent un lien entre la diversité du groupe et l'élément temporel, et démontrent que les groupes homogènes sont plus performants à court terme, tandis que les groupes hétérogènes sont plus performants à long terme²⁵⁷.

61. Un autre obstacle à l'établissement d'un lien concret entre la diversité et la performance est l'élément contextuel. Par « élément contextuel », on se réfère au contexte organisationnel de l'entreprise, c'est-à-dire à la structure de l'entreprise, aux techniques de gestion employées, aux besoins du personnel, etc.²⁵⁸ Il est impossible de promouvoir un seul modèle de diversité, applicable à tout type d'entreprise : il faut, systématiquement, analyser le contexte et les besoins de l'entreprise avant de promouvoir tel ou tel modèle de diversité. Par conséquent, de nombreuses recherches²⁵⁹ ont démontré que dans les cas où les particularités du contexte ont été prises en compte, la mise en œuvre de la diversité a produit des résultats positifs pour la performance de l'entreprise. À l'inverse, en l'absence de prise en considération du contexte, la diversité produit des effets plutôt nuisibles pour la performance de l'entreprise. Ce contexte devient encore plus important lorsque la diversité est utilisée comme un moyen de lutte contre les discriminations au travail, ce qui est toujours le cas dans les accords diversité que nous avons analysés. Si des phénomènes discriminatoires, manifestes ou subjacents, se manifestent

²⁵⁶ Sujin K. Horwitz, « The compositional impact of team diversity on performance: Theoretical considerations » *Human Resource Development Review*, 2005, 4(2), p. 219-245, Leon. C. Prieto, Simone T. A. Phipps, John K. Osiri, « Linking Workplace Diversity To Organizational Performance: A Conceptual Framework », *Journal of Diversity Management*, 2009, Volume 4, Number 4, p. 16, Mary A. Krome, « Knowledge Transformation: A Case For Workforce Diversity », *Journal of Diversity Management*, 2014, Volume 9, Number 2, p. 104.

²⁵⁷ Warren E. Watson, Kamallesh Kumar, and Larry K. Michaelson, « Cultural diversity's impact on interaction process and performance: Comparing homogeneous and diverse task groups », *Academy of Management Journal*, 1993, 36(3), 590-602, Byron J. Hollowell, « Examining The Relationship Between Diversity And Firm Performance », *Journal of Diversity Management*, 2007, Volume 2, Number 2, p. 52.

Cette recherche fait écho à une théorie déjà formulée pour démontrer la performativité de l'entreprise éthique : « It is the belief of the authors that in general, and in the long run, ethical performance has a positive effect on profitability. However, we also recognize that in certain situations, and especially in the short run, unethical behavior can produce ethical greater profits than ethical behavior. » In Donald P. Robin, R. Eric Reidenbach, *Business ethics : where profits meet value systems*, Englewood Cliffs, N.J, Prentice Hall, 1989, p. 7.

²⁵⁸ Brigid Trenerry, Yin Paradies, « Organizational Assessment: An Overlooked Approach To Managing Diversity And Addressing Racism In The Workplace », *Journal of Diversity Management*, 2012, Volume 7, Number 1, p. 11.

²⁵⁹ Orlando C. Richard, « Racial diversity, business strategy, and firm performance: A resource based view », *Academy of Management Journal*, 2000, 43(2), p. 164-177, Thomas Kochan et al., « The effects of diversity on business performance: Report of the diversity research network », *Human Resource Management*, 2003, 42(1), p. 3-21, Brigid Trenerry, Yin Paradies, *op.cit.*, p. 11.

sur un lieu de travail, la cohésion du groupe et sa performance se trouvent gravement impactées. La mise en place d'une politique de diversité pour y faire face peut produire des résultats très positifs ou, au contraire, détériorer la situation. Ce dernier scénario se produit notamment lorsque la promotion de la diversité constitue l'unique solution, sans qu'elle soit accompagnée de mesures engageant la responsabilité des coupables et impliquant les dirigeants²⁶⁰. De l'autre côté, la promotion de la diversité peut avoir un impact positif sur les perceptions des personnes et la lutte contre les discriminations, si cette promotion est accompagnée des mesures structurelles effectives.

En conséquence, l'on constate que le contexte est décisif : pour certains chercheurs²⁶¹, les contradictions permanentes dans les recherches examinant le lien entre la diversité et la performance sont dues à un problème de compréhension et de prise en compte de tous les facteurs du contexte. Cette constatation n'est pas surprenante : comme nous l'avons déjà mentionné, ces recherches doivent prendre en considération une série de disciplines différentes tout en incluant des facteurs objectifs et mesurables, tels que le chiffre d'affaires de l'entreprise ou le nombre de femmes ou de personnes appartenant aux minorités ethniques²⁶² ayant un poste de responsabilité, et en même temps, analyser des facteurs subjectifs et difficilement appréhendables tels que la psychologie du groupe ou l'effectivité du pouvoir décisionnel managérial. De plus, pour aller plus loin, il convient de ne pas négliger les complexités qui émanent des liens entre la performance et facteurs tels que l'innovation, la bonne communication et le pouvoir décisionnel effectif.

B) À la recherche de la diversité la plus performante

62. Pour certaines entreprises, la diversité est liée à la performance, de la même façon qu'elle est liée à la réalité démographique ; le personnel doit refléter la société civile au sein de laquelle l'entreprise évolue ainsi que la clientèle à laquelle elle s'adresse. Une main d'œuvre diversifiée n'est pas un objectif en soi mais plutôt un besoin, le marché du travail étant devenu de plus en plus diversifié en raison d'une population plus diversifiée ainsi que de la

²⁶⁰ Marc Bendick, Mary Lou Egan, Suzanne M. Lofhjelm., « Workforce diversity training: From antidiscrimination compliance to organisational development », *Human Resource Planning*, 2001, 24, p. 10-25, Brigid Trenerry, Yin Paradies, « Organizational Assessment: An Overlooked Approach To Managing Diversity And Addressing Racism In The Workplace », *Journal of Diversity Management*, 2012, Volume 7, Number 1, p. 12.

²⁶¹ Mary A. Krome, *op.cit.*, p. 103.

²⁶² Nous nous référons notamment aux recherches d'origine anglo-saxonne et américaine, où les statistiques ethniques sont courantes. Dans le cadre européen, et notamment français, obtenir ces informations est beaucoup plus complexe. Voir en ce sens le chapitre 6.

globalisation. En premier lieu, la diversité offre une réponse au problème de la pénurie de main d'œuvre par l'accès à davantage de canaux et à des sources de compétences²⁶³. En deuxième lieu, dans le cadre du marché international, les entreprises ne peuvent plus concevoir la main d'œuvre de façon isolée et restreinte aux frontières nationales²⁶⁴.

En outre, l'amélioration de la performance peut être le résultat non pas de la diversité elle-même, mais de l'image médiatique qui s'améliore grâce aux démarches entreprises en matière de diversité, telles que l'obtention du Label Diversité ou l'adoption d'un accord diversité. La mise en avant de l'image d'une société qui s'engage en faveur de la diversité et va au-delà du strict minimum légal constitue en soi un facteur d'attractivité de l'entreprise vis-à-vis de ses clients et la perception de la société civile. Toutefois, une recherche française²⁶⁵ remet en cause cet argument : utiliser la diversité comme un outil marketing sans l'accompagner de véritables actions peut produire les conséquences contraires, puisque pour certains consommateurs, la promotion accrue de la diversité constitue une publicité mensongère qui utilise la diversité pour vendre et « glorifier » des actions qui devraient être évidentes, comme l'embauche de femmes.

63. Le débat ne se tarit pas si l'on accepte le postulat d'un lien entre la diversité au travail et la performance de l'entreprise. Ce lien peut aboutir à des résultats bénéfiques mais aussi générer des problèmes et des conflits au sein de l'entreprise. Les résultats de ces recherches sont par conséquent souvent contradictoires, ce qui accroît l'incertitude quant aux avantages, en termes de performance, de la mise en place de la diversité. Ainsi, d'un côté, des recherches démontrent que la diversité au travail améliore l'innovation et la prise des décisions stratégiques²⁶⁶ ainsi que l'effectivité de la gestion²⁶⁷. D'un autre côté, des recherches associent la diversité à une augmentation des conflits et un taux important de renouvellement du personnel²⁶⁸. Il existe effectivement très peu de consensus scientifique en ce qui concerne le

²⁶³ Fonds social européen en France, dossier thématique : *La diversité en entreprise, source de richesses et levier de performance*, 24 avril 2017, <http://www.fse.gouv.fr/dossiers-thematiques/la-diversite-en-entreprise-source-de-richesses-et-levier-de-performance-0>.

²⁶⁴ Ephraim A. Okoro, Melvin C. Washington, « Workforce Diversity And Organizational Communication: Analysis Of Human Capital Performance And Productivity », *Journal of Diversity Management*, 2012 Volume 7, Number 1, p. 57.

²⁶⁵ Philippe Robert-Demontrond, Anne Joyeau, « La performance des politiques de diversité en question : une étude des représentations des acteurs », *Management & Avenir* 2010/1 (n°31), pp. 83-84.

²⁶⁶ Sheila Webber, Lisa Donahue, « Impact of highly and less job-related diversity on work group cohesion and performance: a meta-analysis », *Journal of Management*, 2001, 27(2), p. 141-162.

²⁶⁷ Richard Herrera, Phyllis Duncan, Malcolm Ree, Kevin Williams, « Diversity As A Predictor Of Leadership Effectiveness », *Journal of Diversity Management*, 2013, Volume 8, Number 1, pp. 1-14.

²⁶⁸ Susan E. Jackson, and Aparna Joshi, « Diversity in social context: A multi-attribute, multilevel analysis of team diversity and sales performance », *Journal of Organizational Behavior*, 25, p. 675-702, cité par Leon. C. Prieto,

lien entre la diversité et la performance. Par conséquent, il revient à chaque chercheur, et notamment aux partenaires sociaux appelés à négocier en matière de diversité, d'examiner quelle forme de diversité peut produire des résultats positifs et quelle application de la diversité doit être évitée au sein de chaque entreprise.

Pour répondre à cette question, il convient de nous référer à la catégorisation originale des aspects de la diversité proposée par les auteurs Harrison et Klein. Ceux-ci en ont distingué trois types : la séparation (diversité 1), la variété (diversité 2) et la disparité (diversité 3)²⁶⁹. La séparation désigne la différence des opinions, des valeurs et d'attitude par rapport à un sujet et aux objectifs de l'équipe. La variété désigne la différence des caractéristiques, des connaissances et d'expérience. Il s'agit du *business case*, c'est-à-dire du profil unique de chaque individu qui le différencie des autres et qui lui confère une valeur ajoutée, chacun ayant des origines, des expériences et des connaissances différentes. La variété constitue la définition la plus commune de la diversité et l'objet des accords portant sur la diversité pris en compte dans notre étude. Enfin, la disparité désigne la différence de statut social ou de rémunération entre les individus d'une même organisation. Une grande disparité peut être révélatrice d'inégalités de traitement et de discriminations sur le lieu de travail. Chaque type de diversité répond à une finalité différente et doit être traitée séparément : ainsi, un groupe homogène par rapport à la variété ou la disparité peut être diversifié en matière de séparation. Les effets de chaque aspect de la diversité sur la performance des salariés diffèrent également. Selon les conclusions de Harrison et Klein²⁷⁰, la diversité-séparation affaiblit la cohésion du groupe, cause des conflits interpersonnels et réduit la performance, la diversité-variété augmente la créativité et l'innovation et améliore la qualité des décisions, tandis que la diversité-disparité augmente la concurrence et les conflits, tout en réduisant la contribution individuelle.

Par conséquent, l'employeur doit valoriser le deuxième type de diversité, la diversité-variété, sans, en revanche, négliger les effets que les deux autres types peuvent produire. Ainsi, avoir un personnel diversifié par rapport au *business case* n'est pas suffisant lorsqu'il n'existe pas d'égalité de traitement entre les salariés. Madame Anne-Françoise Bender, enseignant-

Simone T. A. Phipps, John K. Osiri, « Linking Workplace Diversity To Organizational Performance: A Conceptual Framework », *Journal of Diversity Management*, 2009, Volume 4, Number 4, p. 13.

²⁶⁹ Anne-Françoise Bender, Frédérique Pigeys, « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, pp. 88-89.

²⁷⁰ Anne-Françoise Bender, Frédérique Pigeys, « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion », *op.cit.*, pp. 88-93.

chercheur spécialisée en sciences de gestion, en conclut qu'une « bonne » gestion de la diversité doit être fondée sur trois piliers : la cohésion sociale (valeurs et objectifs communs), la variété des profils et des expériences et, enfin, la non-discrimination et l'égalité²⁷¹.

En conclusion, bien que le sujet demeure toujours débattu, il est incontestable que les entreprises prennent de plus en plus au sérieux la mise en place de la diversité en entreprise en tant que facteur de performance.

64. **Conclusion.** La diversité nous invite à appréhender des questionnements managériaux, juridiques, philosophiques, économiques et sociologiques. D'un point de vue managérial, mais également philosophique, la diversité reflète les oxymores entourant le débat de l'éthique en entreprise. L'éthique se présente, au sein des entreprises, comme un instrument de gestion qui cumule « l'ambition de réussite compétitive avec le respect des règles morales, légales et professionnelles »²⁷². Cette vision semble être largement promue par les partenaires sociaux patronaux mais également acceptée par les partenaires sociaux représentant les salariés, comme l'indiquent les préambules des accords en matière de diversité. D'un point de vue juridique, la diversité, saisie par les sciences de gestion, contribue au phénomène du « risque de managérialisation du droit », entendu comme une appropriation et une transformation de la norme juridique par la rhétorique managériale dans un objectif de conformité aux règles du marché²⁷³. Il faut, par conséquent, examiner comment le droit réagit par rapport aux politiques managériales et comment il intègre la diversité dans le droit dur mais également dans le droit souple et la RSE.

²⁷¹ Anne-Françoise Bender, Frédérique Pigeyre, « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion », *op.cit.*, p. 94.

²⁷² Paul F. Smets, *Éthique ou cosmétique ? Le retour des valeurs dans un monde paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 88 et 90.

²⁷³ Romain Laufer, Yvonne Muller-Lagarde, *op.cit.*, pp. 11-17, Annie Junter, Réjane Sénac, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, 2010/3 (n°114), p. 167-195.

Chapitre 2. L'intégration progressive de la diversité dans le droit

65. « Au-delà des dispositifs du Code du travail et du Code pénal, ce sont aujourd'hui, dans le contexte de mondialisation et de transformation numérique, les mécanismes de la responsabilité sociale et plus généralement de l'éthique de l'entreprise dans sa gouvernance, sa culture d'entreprise, son dialogue social qui vont guider l'entreprise. »²⁷⁴ Ceci est d'autant plus vrai en matière de diversité, où le droit dur hésite à véritablement s'approprier la notion. En tant que concept managérial, la diversité n'a cependant pas tardé à s'immiscer dans le domaine juridique et, parallèlement, le droit s'est intéressé progressivement à ce concept (section 1). Tout en échappant à une définition juridique, la diversité peut produire des effets juridiques, d'où son rapport très étroit avec le droit de la lutte contre les discriminations. Cependant, la diversité trouve tout son sens au sein du droit souple et de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), où elle a vite revendiqué sa place (section 2). Entre contrainte et incitation, sans droit ni obligation, le débat juridique entre droit dur et droit souple se reflète parfaitement dans le traitement du concept de la diversité : pour certains, il n'y a pas assez de réglementation, tandis que pour d'autres l'effort accru de réglementation peut produire un effet inverse de celui recherché. Les partenaires sociaux assument sur ce point un rôle décisif : à travers les accords collectifs en matière de diversité, ils choisissent de traiter la diversité sous le prisme du droit antidiscriminatoire, sous le prisme de la RSE ou en combinant ces deux facettes.

Section 1. La diversité, en développement dans le droit dur

66. La diversité est souvent conçue comme une notion extra juridique, en dehors des obligations légales et des contraintes du droit dur. Toutefois, les normes européennes et internationales exercent une influence importante sur le droit national et incitent le législateur à agir en matière de diversité et de lutte contre les discriminations (Paragraphe 1). Ces incitations poussent le droit français à évoluer juridiquement mais aussi conceptuellement. Cette évolution résulte en une intégration lente mais progressive du concept de diversité, dans un premier temps dans le vocabulaire et le langage juridique français et, dans un second temps, au sein même du droit dur (Paragraphe 2).

²⁷⁴ Frédérique Chopin, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 360.

Paragraphe 1. Une nécessité de mise en conformité avec les incitations européennes et internationales

67. La diversité est une notion d'origine anglo-saxonne. Ceci ne se reflète pas seulement dans sa gestion managériale mais également dans les instruments juridiques développés au sein des pays de tradition juridique anglo-saxonne, qui ont inventé et intégré sans problème le concept de diversité et de discrimination raciale et ethnique (A). Toutefois, les influences prépondérantes pour la France émanent du droit européen : l'UE ainsi que le Conseil de l'Europe ont promu de manière significative la diversité en tant que concept mais également en l'intégrant dans des textes de valeur juridique plus ou moins importante (B).

A) La diversité normalisée : une invention anglo-saxonne

68. **La reconnaissance des discriminations : la spécificité des discriminations ethniques et raciales.** Les pays anglo-saxons ont été les premiers à reconnaître l'existence des inégalités et à mettre en place des lois pour la lutte contre les discriminations. Un véritable décalage peut être remarqué sur ce point entre, d'un côté, les États-Unis et le Royaume-Uni et, de l'autre, la France. Les premières lois antidiscriminatoires sont votées en 1964 aux États-Unis et en 1976 au Royaume-Uni (Race Relations Act)²⁷⁵. Or, en France, bien qu'on ait vu certains textes disparates traiter certains aspects de la discrimination (voir paragraphe 2.B), le terme apparaît en soi à la fin des années 1990 et la première loi est votée le 16 septembre 2001, grâce, largement, à l'influence du droit européen.

Une spécificité des législations anglo-saxonnes porte sur leur intérêt particulier pour les aspects raciaux et ethniques. Aux États-Unis et au Royaume-Uni, les discriminations liées à la race, l'ethnie et l'origine occupent une place distincte des autres types de discrimination, et disposent de dispositifs juridiques et institutionnels spécifiques²⁷⁶. Il existe des lois, des agences et des organismes conçus spécifiquement pour lutter contre le racisme et ce type d'actes discriminatoires. Par exemple, au Royaume-Uni, il existe la *Commission for racial equality*, une autorité administrative indépendante chargée d'examiner les plaintes de personnes estimant avoir été victimes d'un acte de discrimination raciale²⁷⁷. Par opposition, la loi française, bien qu'elle reconnaisse la discrimination raciale parmi d'autres critères discriminatoires, ne lui

²⁷⁵ Olivier Masclet, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 10.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 21.

confère pas une importance particulière et il n'existe pas d'agence publique dédiée exclusivement aux discriminations ethniques et raciales²⁷⁸. Il existe cependant une instance à laquelle les victimes de tout type de discrimination peuvent s'adresser : la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE), dissoute en 2011 et dont les missions ont été transférées au Défenseur des droits, institution complètement indépendante de l'État. Toute personne physique ou morale a le droit de saisir le Défenseur des droits directement et gratuitement lorsqu'elle pense être victime d'une discrimination. En outre, il existe dans chaque département une Commission Départementale d'Accès à la Citoyenneté (CODAC) qui est aussi compétente pour examiner d'éventuelles pratiques discriminatoires observées dans le département, notamment en matière de vie sociale, de loisirs et de logement.

69. Le contexte historique américain : l'affirmative action ou discrimination positive, à la source de la construction de la diversité. Nous avons déjà examiné l'origine du terme « diversité » qui provient des États-Unis et se cristallise notamment sur les ressources humaines des grandes entreprises américaines des années 1980. Concernant le cadre juridique, le contexte historique américain est particulièrement important dans l'émergence des politiques antidiscriminatoires et dans la construction de la notion de diversité. L'objectif originaire des politiques de diversité était la lutte contre « les séquelles inégalitaires de l'esclavage » et de la « subordination des Noirs »²⁷⁹. L'abolition de l'esclavage, en 1865, a été suivie par la mise en place d'une politique de ségrégation intense fondée sur le principe « séparés mais égaux »²⁸⁰. La ségrégation touchait les domaines de la sphère publique (éducation, lieux publics, transports) ainsi que la vie privée et familiale (interdiction des mariages mixtes). Cette inégalité se trouvait à l'origine des revendications pour l'interdiction des discriminations et, par la suite, l'apparition de l'*affirmative action* et la consécration de la notion de diversité. Le Quatorzième amendement de la Constitution américaine évoque « l'égle protection des lois », texte qui fait l'objet de diverses interprétations sur l'étendue de la notion d'égalité : égalité de traitement, égalité des chances (*equal opportunity*) et redistribution économique (*equal achievement*)²⁸¹.

²⁷⁸ Olivier Masclet, *op.cit.*, p. 11.

²⁷⁹ Marie Mercat-Bruns, « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine », In *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Frédéric Guiomard, Sophie Robin-Olivier (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 64.

²⁸⁰ Hervé Marchal, *La diversité en France : impératif ou idéal ?*, Paris, Ellipses, 2010, p. 42.

²⁸¹ Marie Mercat-Bruns, « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine », *op.cit.*, p. 64.

L'origine de la diversité remonte aux années 1960 et l'apparition des premières mesures d'*affirmative action*, notion traduite en français par l'expression « discrimination positive ». La conformité de cette traduction a été mise en cause par plusieurs auteurs²⁸² et, comme nous allons le constater dans un prochain chapitre, il est nécessaire d'opérer une distinction sémantique entre ce que l'on appelle « discrimination positive » en France et la notion « d'action positive » issue de l'UE, ainsi que leur corrélation avec la notion américaine d'*affirmative action*. En 1961, le « executive order » 10925 de John F. Kennedy demande aux contractuels fédéraux d'adopter des *affirmative actions* pour éliminer les discriminations et instaurer une meilleure égalité des chances au niveau de l'emploi²⁸³. En 1964, la loi sur les droits civiques (Civil Rights Act) est adoptée ; elle condamne toute discrimination en matière d'éducation, de logement, d'établissements publics et d'emploi²⁸⁴ ; son titre VII interdit toute discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale des salariés²⁸⁵. Le Président Lyndon Johnson se prononce en faveur des mesures d'*affirmative action* à travers un « executive order » de 1965²⁸⁶. Ce décret présidentiel 11-246 du 25 septembre 1965 vise spécifiquement les entreprises utilisant des fonds fédéraux ou liées à l'État fédéral par un contrat de fourniture de biens ou de services, ainsi que leurs sous-traitants ; chaque contrat fédéral doit comporter une clause non-discriminatoire, prohibant les discriminations fondées sur la race, les croyances, la couleur ou l'origine nationale ; l'employeur est également tenu de mettre en place des *affirmative actions* pour garantir l'absence de discriminations²⁸⁷. Dans les deux textes, la loi sur les droits civiques et le décret présidentiel, l'*affirmative action* a une double fonction de réparation et de garantie à l'encontre des pratiques discriminatoires, il s'agit d'une mesure individuelle, sans référence au groupe « désavantagé »²⁸⁸. Toutefois, la loi sur les droits civiques a été suivie par un contentieux riche qui a encadré et défini davantage les notions de discrimination, d'effets différenciés et d'*affirmative action*, en accordant à l'*affirmative action* une vision sociale et collective et en introduisant la notion de diversité.

²⁸² Isabelle Barth, Christophe Falcoz, *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 19.

²⁸³ Frank Dobbin, *Inventing equal opportunity*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 41.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 1.

²⁸⁵ Gwénaële Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis : le problème de la discrimination "positive"*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 21-22.

²⁸⁶ Marie Mercat-Bruns, « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine », *op.cit.*, p. 65.

²⁸⁷ Gwénaële Calvès, *op.cit.*, p. 27.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 29.

Il nous semble opportun de nous référer notamment à l'affaire *Griggs v. Duke Power Company* de 1971²⁸⁹. Avant l'entrée en vigueur du Civil Rights Act, la Duke Power Company pratiquait ouvertement des pratiques discriminatoires fondées sur la race, les salariés Noirs étaient cantonnés aux emplois manuels et moins bien rémunérés. Après l'entrée en vigueur de ladite loi, l'entreprise a abandonné ses pratiques discriminatoires et a opté pour l'utilisation de tests standardisés pour effectuer son recrutement. Toutefois, ces tests étaient construits de telle manière que 58% des Blancs réussissaient, par opposition à seulement 6% des Noirs. Cette disparité est due aux lois d'éducation antérieures, lois dites de « Jim Crow », qui mettaient en place une ségrégation au sein des lieux publics, y compris dans les écoles. L'éducation fournie aux écoles réservées aux Blancs et aux Noirs était dès lors différente, ce qui explique la divergence dans les tests standardisés. Selon la juridiction américaine de première instance, la Duke Power Company n'opérait pas de discrimination sur la race, puis qu'il n'y avait aucune intention malveillante et discriminatoire de sa part. Cependant, la Cour suprême a affirmé que l'intention discriminatoire n'est pas nécessaire pour fonder la discrimination raciale. Il s'agit de la théorie des effets discriminatoires ou « effets différenciés » (disparate impact). Pour la mise en place de cette théorie, la preuve statistique des disparités a été utilisée afin de promouvoir l'intégration sur les lieux de travail ainsi que de détecter des politiques qui, sans être motivées par une intention discriminatoire, ont des effets qui touchent particulièrement les minorités²⁹⁰.

L'arrêt *Griggs* a été suivi par la loi du 24 mars 1972, qui confère à l'*Equal Employment Opportunity Commission* (E.E.O.C)²⁹¹ des pouvoirs de contrôle supplémentaires concernant la mise en place effective de l'égalité des chances au sein des entreprises. La vérification du respect des normes antidiscriminatoires ne se fonde plus sur l'intention discriminatoire mais sur les résultats concrets ; un équilibre est recherché entre salariés Noirs et Blancs, femmes et hommes, et les employeurs sont invités à adopter des mesures d'*affirmative action* afin d'obtenir les résultats visés et être protégés des potentiels contentieux²⁹².

²⁸⁹ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

²⁹⁰ Richard T. Ford, « Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique », In *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Frédéric Guimard, Sophie Robin-Olivier (dir.), Paris, Dalloz, 2009, pp. 82-84.

²⁹¹ L'Equal Employment Opportunity Commission (E.E.O.C) est une commission indépendante instituée par le Titre VII du Civil Rights Act de 1964 pour veiller au respect, par les entreprises, des normes prohibant la discrimination.

²⁹² Gwénaële Calvès, *op.cit.*, pp. 43-48.

70. Initialement destinée à remédier aux inégalités entre les Noirs et les Blancs, la notion de diversité a rapidement été étendue à d'autres catégories de la population comme les femmes, les Amérindiens, les Hispaniques et les Asiatiques²⁹³. Dans sa forme originale, la diversité a été conçue comme une justification de certaines mesures préférentielles en faveur de ces populations. Ces mesures prennent la forme d'une discrimination positive qui vise à compenser les inégalités et réduire la sous-représentation statistique de ces populations, avec un traitement préférentiel dans trois domaines : l'emploi, l'attribution de marchés publics et l'admission dans les universités sélectives²⁹⁴. L'attribution de ces avantages n'est pas soumise à une condition de nationalité, ce qui les rend accessibles aux personnes issues de l'immigration ; elle nécessite en revanche l'identification ethno-raciale des destinataires de l'avantage. Toutefois, le fait d'octroyer des avantages à seulement une catégorie de la population suppose qu'une autre catégorie en sera privée, ce qui a généré un riche contentieux qui a encadré l'*affirmative action* et entravé la construction de la notion de la diversité. Le premier arrêt de la Cour suprême en la matière est l'arrêt *Regents of the University of California v. Bakke* de 1978²⁹⁵. Cet arrêt fondateur juge la conformité de certaines mesures préférentielles avec la Constitution américaine et son Quatorzième amendement²⁹⁶. La mesure mise en cause est le programme d'admission spéciale de l'Université de Californie, un programme destiné uniquement aux membres des groupes minoritaires et qui réservait 16% des places à ces derniers. À la suite du refus par le programme d'admission normale d'un candidat blanc ayant obtenu des résultats plus élevés que ceux des candidats des groupes minoritaires, celui-ci saisit la justice pour contester la légalité du programme spécial d'admission. La Cour suprême saisit l'opportunité pour encadrer l'*affirmative action* et consacrer pour la première fois la notion de la diversité. Selon cet arrêt, la constitutionnalité d'une mesure d'*affirmative action* dépend de deux facteurs, ses modalités et son objectif. En ce qui concerne les modalités, un quota rigide et explicite en faveur de certaines minorités constitue une violation du principe de l'égalité. Toutefois, est autorisée la prise en compte des caractéristiques raciales des candidats, à condition qu'elle serve un objectif précis, celui de la « diversité » de la population étudiante²⁹⁷. La diversité devient

²⁹³ Daniel Sabbagh, « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, Presses de Sc. Po., vol. n°35, 2009/3, p. 32.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

²⁹⁶ Daniel Sabbagh, « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *op.cit.*, p. 33.

²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 33-34.

alors le seul motif « susceptible de justifier une politique de discrimination positive dans le cadre universitaire »²⁹⁸.

Cet arrêt constitue un renversement fondamental pour le régime de l'*affirmative action*²⁹⁹ ; avant 1978, la justification de l'*affirmative action* était limitée à la discrimination et à la compensation des inégalités subies notamment par les Noirs. Pour l'arrêt *Bakke*, l'*affirmative action* ne se fonde plus sur une culpabilité et la réparation d'une faute, mais poursuit un objectif supérieur, celui de la diversité. La diversité poursuivie est alors une diversité « des expériences, des perspectives et des idées » et non plus uniquement une diversité ethno-raciale. Dans ce contexte, la diversité ethno-raciale est perçue comme l'instrument permettant la mise en place de la diversité des idées à travers le rassemblement des personnes ayant des profils, des expériences et des points de vue différents³⁰⁰. Cette justification de l'*affirmative action* soulève cependant certaines problématiques. Premièrement, il n'existe pas de consensus scientifique par rapport à l'existence d'une corrélation directe entre la diversité ethno-raciale et la diversité des idées. Deuxièmement, si le véritable objectif est la diversité des idées, les origines du candidat ne peuvent constituer le seul élément pris en compte. D'autres critères tels que les centres d'intérêt du candidat, sa provenance géographique (par exemple, la provenance d'un milieu rural ou urbain), ses orientations politico-idéologiques, devraient également être pris en considération³⁰¹. Même si l'origine ethnique ne constitue qu'un des éléments de la diversité des idées, celle-ci demeure, dans la majorité des cas, le seul critère suivi par les universités américaines qui, en utilisant les statistiques ethno-raciales, tentent d'ajuster chaque année les fluctuations considérables dans la population étudiante entre Blancs, Noirs, Hispaniques et Asiatiques³⁰². L'arrêt *Bakke* est confirmé par l'arrêt *Grutter*³⁰³, qui envisage la diversité comme un pluralisme. Selon cet arrêt, la promotion de la diversité constituerait un « intérêt public prépondérant » (*compelling state interest*) de nature à justifier, de façon conforme à la Constitution, la prise en compte du facteur ethno-racial dans l'examen des candidatures³⁰⁴.

²⁹⁸ Daniel Sabbagh, « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *op.cit.* p. 34.

²⁹⁹ Marie Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 50-51.

³⁰⁰ Daniel Sabbagh, « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *op.cit.*, pp. 35-36.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 38-40.

³⁰² *Ibid.*, p. 40.

³⁰³ *Grutter v. Bollinger*, n°02-241 (2003).

³⁰⁴ Daniel Sabbagh, « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004/4 (n°111), pp. 15-16.

Malgré la jurisprudence stable en la matière, la prise en compte du critère ethno-racial pour l'admission à l'Université divise toujours la justice américaine. L'affaire *Students for Fair Admissions v. Harvard* a risqué de bouleverser la jurisprudence antérieure et de « détronner » la diversité de son titre d'objectif supérieur justifiant la discrimination positive. À l'opposé des affaires précédentes, où les plaignants étaient toujours des candidats blancs non admis à l'Université, l'affaire *Students for Fair Admissions* concerne des étudiants américains d'origine asiatique qui n'ont pas été admis à Harvard³⁰⁵. Les plaignants arguent que les candidats d'origine asiatique, malgré le fait qu'ils aient obtenu les scores les plus élevés, sont discriminés dans le processus de sélection, cela afin d'assurer une représentation plus importante d'autres catégories ethno-raciales. Il s'agit de la première fois que des plaignants qui s'opposent à la discrimination positive appartiennent eux-mêmes à une minorité ethno-raciale : cette affaire, qui montre un renouvellement du débat sur l'*affirmative action* et l'objectif de diversité aux États-Unis, présente par conséquent un intérêt évident. Toutefois, le District Court rejette cette demande en considérant que les disparités statistiques entre les candidats de différents groupes raciaux ne sont pas le résultat d'un préjudice conscient, et que le système d'admission de Harvard est spécialement conçu pour atteindre l'objectif de diversité³⁰⁶.

71. L'utilisation de la notion de diversité comme justification de la discrimination positive ne s'est jamais limitée au milieu éducatif. Dans l'arrêt *Metro Broadcasting Inc. V. Federal Communications Commission* de 1990, la Cour suprême confirme la validité d'un programme d'*affirmative action* relatif à l'octroi de licences d'exploitation aux stations de radiodiffusion.

³⁰⁵ *Students for Fair Admissions* a été créé par Edward Blum, juriste connu pour son opposition à l'*affirmative action* pour l'admission au sein des Universités américaines. Il a été impliqué dans plusieurs affaires de candidats blancs remettant en cause l'*affirmative action* en raison de leur refus d'admission à l'Université. L'affaire la plus connue est celle d'Abigail Fisher : *Fisher v. University of Texas*, 570 U.S. (2013) et *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. (2016). Jusqu'à aujourd'hui, aucune affaire n'a abouti au résultat escompté, c'est-à-dire retirer l'*affirmative action* du processus de sélection des Universités.

Josh Wood, « The wolf of racial bias: the admissions lawsuit rocking Harvard », *The Guardian*, 18 oct. 2018.

P.R. Lockhart, « The lawsuit against Harvard that could change affirmative action in college admissions, explained », *Vox*, 18 oct. 2018.

Colleen Walsh, « Attorney appears confident admissions case ruling will favor Harvard », *The Harvard Gazette*, 4 nov. 2018.

Students for Fair Admissions, press release : «SFFA Files Motion for Summary Judgment Against Harvard », <https://studentsforfairadmissions.org/sffa-files-motion-for-summary-judgment-against-harvard/>.

³⁰⁶ *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 397 F.Supp. 3d 126 (2019), « *The Court concludes that Harvard's admissions program has been designed and implemented in a manner that allows every application to be reviewed in a holistic manner consistent with the guidance set forth by the Supreme Court. Further, the Court concludes that while the admissions process may be imperfect, the statistical disparities between applicants from different racial groups on which SFFA's case rests are not the result of any racial animus or conscious prejudice and finds that Harvard's admissions program is narrowly tailored to achieve a diverse class and the benefits that flow therefrom.* »

Dans cette décision, les juges américains soutiennent implicitement l'hypothèse d'une corrélation entre l'identité ethno-raciale et la diversification valorisée des programmes diffusés³⁰⁷.

72. **Affirmative action et droit du travail.** Toutefois, le recours à l'*affirmative action* est bien encadré par le juge américain, notamment en matière de droit du travail. Dans le fameux arrêt *Ricci v. DeStefano*³⁰⁸, une mesure d'*affirmative action* visant à éviter une discrimination indirecte est mise en cause sur le fondement selon lequel elle constituerait une discrimination directe à l'encontre d'une partie des salariés. Il s'agit d'un examen mis en place pour accorder des promotions aux pompiers de la ville de New Haven. Les résultats étant en faveur des candidats blancs de manière disproportionnée, le Maire de la ville décide de récuser ces résultats, afin d'éviter une poursuite pour discrimination indirecte et d'assurer une meilleure diversité dans le corps des pompiers. Ceci amène les candidats blancs ayant réussi à l'examen à se considérer victimes d'une discrimination en raison de la race, et à entamer une procédure qui arrive jusqu'à la Cour suprême. En 2009, la Cour a décidé que la ville n'a pas satisfait à l'exigence de qualification de la discrimination indirecte prévue par le titre VII du Civil Rights Act. Au contraire, elle aurait violé cette disposition en fondant sa décision sur le critère discriminatoire de la race des participants ayant réussi l'examen. Cet arrêt est interprété par plusieurs auteurs comme un recul en matière de reconnaissance des discriminations indirectes, tandis que pour d'autres, l'intérêt de l'arrêt ne porte pas sur la discrimination indirecte, mais sur la discrimination directe causée par une *affirmative action*³⁰⁹. Suivant cette dernière interprétation, l'arrêt *Ricci* ne constitue que la continuation d'une longue série d'arrêts de la Cour suprême américaine encadrant l'*affirmative action*, dans un effort de maintenir l'équilibre fragile entre la minorité désavantagée qui bénéficie des mesures préférentielles et les salariés qui se trouvent lésés par celles-ci.

Toutefois, l'émergence de la notion de diversité a marqué une différence de vision ; l'*affirmative action* était centrée sur la repentance par rapport aux torts passés, tandis que la

³⁰⁷ Daniel Sabbagh, « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *op.cit.*, p. 41.

³⁰⁸ Supreme Court of the United States, 29 juin 2009, *Ricci v. DeStefano*, n°. 07-1428, <http://www.supremecourt.gov/opinions/08pdf/07-1428.pdf>.

³⁰⁹ Marie Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, *op.cit.*, pp. 264-270.

diversité est tournée vers l'avenir³¹⁰, son objectif étant de construire une société de valorisation des différences, qu'il s'agisse des différences ethno-raciales ou de genre, de handicap, d'âge, de connaissances, etc.

B) La diversité promue : une initiative et un impératif européens

73. Avant d'envisager la vision européenne de la diversité, il faut bien poser le contexte dans lequel celle-ci a été créée et développée. Depuis le XIX^e siècle, deux principes pragmatiques et complémentaires ont émergé, l'équilibre et la non-intervention³¹¹. Ces deux principes sont toujours présents aujourd'hui : l'objectif demeure de renforcer les relations interétatiques et rapprocher les États, tout en évitant de s'ingérer dans leurs affaires intérieures et leur laisser une marge d'appréciation. Cette tendance d'unification européenne (unification entre les États mais aussi entre les acteurs institutionnels européens) s'explique par la reconnaissance des objectifs communs et le partage de valeurs communes³¹². Derrière toute politique européenne, qu'il s'agisse d'un arrêt de la CEDH ou d'une directive de l'UE, apparaît cette volonté de protéger et promouvoir les valeurs communes ou d'atteindre des objectifs communs. Comme nous allons le constater, pour l'Europe, la diversité représente parfois un objectif et, parfois, une valeur.

La vision de la diversité européenne a été influencée par le contexte historique et social de chaque pays. Ainsi, l'émergence et le développement de la notion de diversité pour l'UE et ses États-membres a suivi une voie très différente par rapport à celle de la diversité américaine ou australienne. Aux États-Unis, la diversité a émergé du mouvement de déségrégation. Au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande, l'apparition des mesures antidiscriminatoires visait les populations indigènes et autochtones, victimes de discrimination de la part des populations européennes qui se sont installées sur ces territoires durant une période s'étalant sur plus d'un siècle (du XIX^e jusqu'à la moitié du XX^e siècle)³¹³. Dans le cadre européen, les groupes minoritaires visés ne sont pas les populations autochtones mais les populations migrantes provenant d'autres pays, souvent non-Européens³¹⁴. Toutefois, la vision de la diversité est loin d'être uniforme pour les États européens. Pour certains, les critères

³¹⁰ Morgan Sweeney, *L'égalité en droit social, au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Th., Université Paris X Nanterre, 2010, dact., p. 653.

³¹¹ Patrick Dollat, *Droit européen et droit de l'Union Européenne*, Paris, Sirey, 2^e éd., 2007, p. XXV.

³¹² *Ibid.*, p. XXXI.

³¹³ Alain Klarsfeld, Lize A.E. Booyesen, Eddy Ng, et alii, *International handbook on diversity management at work : country perspectives on diversity and equal treatment*, Cheltenham, UK et Northampton, USA, E.Elgar, 2014, p. 3.

³¹⁴ Virginie Guiraudon, « La diversité en Europe : une évidence ? », *Raisons politiques*, 2009/3 n°35, pp. 67-68.

discriminatoires comme le sexe, l'âge et le handicap sont déjà très règlementés et des actions positives peuvent s'appliquer, tandis que certains critères comme la race et l'ethnie sont laissés de côté et la mise en place des actions positives est interdite. Pour d'autres, notamment les pays de tradition anglo-saxonne, les critères dits « sensibles » tels que la race, l'ethnie et la religion ne provoquent pas la même réaction qu'en France et sont beaucoup plus règlementés³¹⁵. Malgré les divergences, nous pouvons constater une forte promotion de la notion de diversité de la part du Conseil de l'Europe (1) ainsi que de l'Union européenne (2). Cette promotion prend la forme d'incitations mais aussi de dispositions contraignantes ayant pour résultat une intégration progressive de la diversité en droit interne³¹⁶.

1. La diversité promue par le Conseil de l'Europe

74. Selon, Thorbørn Jagland, Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, « la diversité est une force dans nos pays, tant du point de vue économique que social et politique, et nous devons la défendre »³¹⁷, notamment dans le contexte actuel de crise économique et d'immigration massive vers les pays d'Europe. Le Conseil de l'Europe soutient la vision de la diversité en tant que source d'enrichissement. Cela se vérifie tant dans les textes adoptés par le Conseil que dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Dans le texte primordial de portée générale de la Cour, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il n'y a pas de référence expresse à la diversité. Toutefois, certains articles sont indirectement liés à la diversité, notamment l'article 9 sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'article 10 sur la liberté d'expression et, notamment, l'article 14 sur l'interdiction des discriminations, en combinaison avec le protocole n°12. Ces articles expriment la place primordiale accordée par le Conseil aux valeurs de pluralisme et de diversité, comme nous le constatons dans certains arrêts de la Cour où ces articles sont invoqués. Un autre texte très important en matière de droit du travail est la Charte sociale européenne. Ce texte spécial ne se réfère pas expressément à la diversité non plus, mais

³¹⁵ Cela apparaît également par la problématique des statistiques ethniques, que nous examinerons ci-dessous, v. chapitre 6.

³¹⁶ Dans notre analyse, nous ne mettons pas l'accent sur la diversité des systèmes juridiques ou la diversité des situations des États membres, souvent citée par la CEDH ainsi que par la CJUE.

³¹⁷ Propos prononcés par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe Thorbørn Jagland dans le cadre de la préface de la publication du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme dans les sociétés culturellement diverses*, juin 2016, p. 5.

promeut les valeurs de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs, ainsi que l'absence de toute discrimination³¹⁸.

D'autres textes spéciaux du Conseil se réfèrent directement à la diversité. La diversité est promue sous ses différentes facettes, notamment linguistique et culturelle. En vue de renforcer la diversité linguistique, la Charte des langues régionales ou minoritaires est adoptée en 1992. Pour le Conseil, la diversité linguistique est liée à la diversité culturelle, puisque les langues régionales et minoritaires contribuent à la richesse culturelle de l'Europe³¹⁹.

Dans la Recommandation 1203 de 1993 sur les Tsiganes en Europe³²⁰, la diversité occupe une place primordiale. La première ligne de ce texte souligne l'importance de la diversité pour le Conseil : « L'un des objectifs du Conseil de l'Europe est de promouvoir la formation d'une véritable identité culturelle européenne. L'Europe abrite de nombreuses cultures différentes qui toutes, y compris les multiples cultures minoritaires, concourent à sa diversité culturelle. » Pour le Conseil, « en tant que minorité dépourvue de territoire, les Tsiganes contribuent dans une large mesure à la diversité culturelle de l'Europe, et cela à plusieurs égards, que ce soit par la langue et la musique ou par leurs activités artisanales ».

En 2016 sont adoptées les « Lignes directrices du comité des ministres aux États membres sur la protection et la promotion des droits de l'homme dans les sociétés culturellement diverses »³²¹. L'objectif de ces Lignes directrices est d'aider les États « à maintenir et à gérer la diversité en protégeant les droits de l'homme qui permettent aux différentes confessions et cultures de vivre ensemble »³²². La diversité apparaît dans ce cadre non seulement comme un avantage et une richesse mais aussi comme un prérequis, une condition pour la coexistence harmonieuse des différentes cultures dans la société européenne moderne. Le préambule de ces lignes directrices met l'accent sur le fait que nous sommes actuellement en présence d'une

³¹⁸ V. art.12, art.13, art.20, art.27 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

³¹⁹ Préambule de la Charte des langues régionales ou minoritaires, Conseil de l'Europe, Série des traités européens n°148, adoptée à Strasbourg le 5 juin 1992.

³²⁰ Recommandation n°1203 relative aux Tsiganes en Europe, adopté par l'Assemblée parlementaire le 2 février 1993 (24e séance).

³²¹ Comité des ministres, *Lignes directrices du comité des ministres aux États membres sur la protection et la promotion des droits de l'homme dans les sociétés culturellement diverses*, adoptées par le Comité des Ministres le 2 mars 2016, lors de la 1249^e réunion des Délégués des Ministres.

³²² Propos prononcés par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe Thorbørn Jagland dans le cadre de la préface de la publication du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme dans les sociétés culturellement diverses*, juin 2016, p. 5.

diversité culturelle croissante qui constitue une source d'enrichissement mais qui « exige compréhension et respect mutuels ». La diversité est aussi liée au pluralisme, l'« un des fondements de nos sociétés démocratiques » qui « repose sur le respect des droits de l'homme et sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité ». À travers ces Lignes directrices, le Conseil de l'Europe demande aux États de prendre en considération dans leur législation et pratiques certains principes, afin de relever les défis posés par le contexte de sociétés culturellement diverses. Il s'agit du respect des principes généraux tels que le respect des droits de l'homme, ainsi que de la considération plus particulière de certaines libertés fondamentales auxquelles il convient de veiller davantage, tels que la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association. Parmi ces Lignes directrices, un intérêt particulier est porté à la promotion du principe d'égalité et l'interdiction des discriminations dans la jouissance des droits de l'homme³²³ : l'action positive (§30), les aménagements raisonnables (§57) et la reconnaissance des discriminations multiples (§31) sont nécessaires pour le plein respect de l'interdiction de la discrimination et la protection des individus les plus vulnérables. Les partenaires sociaux sont également inclus dans ce processus : le Conseil encourage les États à permettre « à tous les segments pertinents de la société, y compris les organisations non gouvernementales, de participer à l'élaboration et à l'examen de la législation de façon à garantir le caractère inclusif de ce processus et une véritable reconnaissance de la diversité dans les sociétés » (§50).

75. La diversité dans la jurisprudence de la CEDH. La notion de diversité est souvent employée dans la jurisprudence de la CEDH. Un exemple courant est celui de la diversité culturelle : celle-ci est incorporée à chaque système juridique, et résulte de la présence des systèmes juridiques très différents³²⁴. Cette diversité justifie par conséquent la marge d'appréciation accordée aux États membres quant à l'interprétation de certaines dispositions de la Convention. Les références à la diversité se multiplient dans les affaires relatives à la discrimination, notamment raciale. Les arrêts de la Cour rappellent que la diversité doit être

³²³ Comme le souligne Madame Manuela Brillat, le principe de non-discrimination est indispensable pour la jouissance des droits de l'Homme parce qu'il conduit à une meilleure prise en compte de l'indivisibilité des droits et de leur caractère intrinsèquement lié. Manuela Brillat, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, thèse, Université de Strasbourg, 2014, p. 451.

³²⁴ Par exemple, en ce qui concerne les différences entre systèmes électoraux : CEDH, gr. ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n°58278/00, §103 : « Il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque État contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie ».

CEDH, gr. ch., 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, req. n°10226/03, §111 et §132 mettant l'accent sur la diversité des choix en raison des facteurs historiques et politiques propres de chaque État.

perçue comme une richesse et comme un moyen de combattre le racisme, et non pas comme une menace³²⁵. La Cour va encore plus loin, en considérant que le pluralisme et le respect de la diversité constituent les fondements d'une société démocratique contemporaine³²⁶. Ainsi, la diversité se révèle comme un élément qui ne se limite pas à un simple avantage, un moyen de combattre les discriminations ou un facteur d'enrichissement culturel, mais un élément fondateur de la société démocratique contemporaine.

La diversité religieuse est également traitée par la Cour dans le cadre de l'interprétation de l'article 9 de la Charte sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, combiné avec l'article 14 sur l'interdiction de discrimination : la diversité religieuse se présente comme le défi actuel pour les autorités européennes et, comme pour la diversité culturelle, elle doit être perçue comme une richesse et non pas comme une menace³²⁷. Toutefois, la diversité religieuse est mise en cause dans le cadre des affaires sensibles du port des signes religieux au travail. Par exemple, dans la fameuse affaire *Eweida et autres c. Royaume Uni*³²⁸, la Cour a été appelée à trouver un juste équilibre entre l'obligation positive des États de sauvegarde de la liberté de religion et l'obligation négative de neutralité³²⁹. Parmi les quatre requérants de cette affaire, il convient de mettre l'accent sur le cas de Madame Ladele, officier de l'état civil qui refusait de conduire des cérémonies d'union civile entre personnes du même sexe, les considérant contraires à ses convictions religieuses. Il est intéressant de remarquer que l'autorité locale de Islington avait adopté un code de conduite et une politique d'égalité et de diversité, intitulée « Dignité pour tous ». Le non-respect de cette politique d'égalité et de diversité a conduit à un entretien disciplinaire et un changement de poste pour Madame Ladele, qui ne serait ainsi plus obligée de conduire les cérémonies mais seulement de les enregistrer. À la suite de ce changement de poste, Madame Ladele a saisi la justice en estimant qu'elle était victime d'une

³²⁵ CEDH, gr. ch., 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, n°43577/98 et 43579/98, §145 « [Les autorités] doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme et la violence raciste, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse. » Formule reprise dans l'arrêt CEDH, Deuxième section, 13 déc. 2005, *Timichev c. Russie*, req. n°55762/00 et 55974/00, §56 et CEDH, gr. ch., 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n°57325/00, §176.

³²⁶ CEDH, Deuxième section, 13 déc. 2005, *Timichev c. Russie*, req. n°55762/00 et 55974/00, §58 : « la Cour considère qu'aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle. »

³²⁷ CEDH, Gr. ch., 26 avr. 2006, *İzzettin Doğan et autres c. Turquie*, req. n°62649/10, §109 : « Le respect de la diversité religieuse présente certainement l'un des défis les plus importants aujourd'hui, c'est pourquoi les autorités doivent percevoir la diversité religieuse non pas comme une menace mais comme une richesse. »

³²⁸ CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume Uni*, req. n°48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

³²⁹ Fleur Laronze, « L'articulation de la liberté de religion et du principe de non-discrimination », *RDT*, 2013, p. 337.

discrimination en raison de ses croyances. Les juridictions britanniques ont alors considéré que son changement de poste constituait un moyen proportionné en vue d'accomplir un but légitime, à savoir l'exercice des fonctions d'état civil sur une base non discriminatoire (§23-30). Sa demande a également été rejetée par la CEDH. D'un autre côté, la demande de Madame Eweida, qui concernait le port d'une croix dans le cadre de son travail au sein de British Airways, n'a pas été rejetée. Madame Eweida a été renvoyée sur le fondement de la violation du code vestimentaire de la société. Selon la Cour, cette mesure n'était pas proportionnée et privait Madame Eweida de son droit de manifester sa conviction religieuse. La CEDH rappelle que ce dernier « ... est un droit fondamental, non seulement parce qu'une société démocratique saine a besoin de tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité mais aussi en raison de l'utilité que revêt pour quiconque fait de la religion un principe essentiel de sa vie la possibilité de communiquer cette conviction à autrui. »³³⁰.

Un autre arrêt important en la matière est l'arrêt *SAS c. France*³³¹, mettant en cause l'interdiction du voile intégral dans l'espace public en France. Cet arrêt est plus compliqué : l'équilibre entre le besoin de garantir la liberté religieuse et la neutralité étatique se complexifie par l'addition de problématiques supplémentaires, telles que l'égalité entre les sexes et la sécurité publique³³². La diversité religieuse semble être, pour la Cour, un objectif ainsi qu'un élément à prendre en considération dans l'examen de ces affaires sensibles. Cela se manifeste dans cet arrêt par la référence extensive au « point de vue » du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe de 2011 (§37), qui s'oppose à l'interdiction intégrale du voile dans le but de garantir la diversité, qui doit rester « une valeur européenne essentielle »³³³ ; en outre, la diversité occupe une place importante au sein du dispositif de l'arrêt : la Cour se réfère au précédent jurisprudentiel pertinent sur lequel elle se fonde en soulignant l'importance de la

³³⁰ *Eweida et autres c. Royaume Uni*, *op.cit.*, §94.

³³¹ CEDH, 1er juillet 2014, req. n°43835/11, *SAS c. France*.

³³² Pour justifier cette ingérence dans la liberté religieuse, le Gouvernement français invoque plus précisément deux arguments : la sécurité publique et « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte ». Ce dernier comprend trois valeurs : le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes et le respect des exigences minimales de la vie en société (§114 et s.). Il convient de remarquer l'absence de référence au principe de laïcité dans l'argumentaire du gouvernement. La CEDH a jugé qu'il n'y a pas eu violation de l'art 8 ni de l'art.9. Voir aussi Peggy Ducoulombier, « Tenue correcte exigée », *RTD eur.* 2015, p. 95-116.

³³³ « Il faudrait toutefois élargir ce débat afin de promouvoir la compréhension entre personnes de coutumes, de cultures et de religions différentes. La diversité et le multiculturalisme sont – et doivent rester – des valeurs européennes essentielles. »

tolérance, du pluralisme et de la diversité³³⁴, ainsi que, lors de son argumentation, sur les effets de la dissimulation du visage au « vivre ensemble dans la diversité »³³⁵.

La diversité ne se limite pas à sa facette culturelle ou religieuse : la situation particulière des personnes handicapées est également traitée par la Cour, qui reconnaît « le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité »³³⁶.

La diversité d'expression est également abordée dans le cadre des affaires sur la liberté d'expression et l'article 10 de la Convention. Un exemple caractéristique est celui des médias audiovisuels : l'État doit garantir un pluralisme effectif dans le secteur médiatique, par le biais de programmes dont le contenu est caractérisé par la diversité « reflétant la variété des courants d'opinion de la société concernée »³³⁷.

Pour le Conseil de l'Europe, la diversité acquiert plusieurs fonctions. Elle apparaît comme un fondement de la société contemporaine, comme un objectif du Conseil lui-même, comme un facteur d'enrichissement culturel et de rapprochement des États européens, ou encore comme un moyen d'affronter les discriminations et le racisme. Nous pouvons constater que, malgré la nature non juridique de la notion de diversité, celle-ci occupe une place centrale dans de nombreux textes et jurisprudences émanant du Conseil de l'Europe et de la Cour.

³³⁴ *SAS c. France, op.cit.*, §134 : « elle [la Cour] a souligné qu'une société démocratique saine devait tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité, et qu'il est important qu'une personne qui a fait de la religion un axe majeur de sa vie puisse être en mesure de communiquer ses convictions à autrui. ».

³³⁵ *SAS c. France, op.cit.*, §141 : « il entre assurément dans les fonctions de l'État de garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité. Par ailleurs, la Cour peut accepter qu'un État juge essentiel d'accorder dans ce cadre une importance particulière à l'interaction entre les individus et qu'il considère qu'elle se trouve altérée par le fait que certains dissimulent leur visage dans l'espace public. ».

³³⁶ Dans sa requête pendante *Berisha c. Suisse* (n°4723/13), communiquée au gouvernement suisse le 9 février 2017, la Cour enrichit son argumentaire par le droit international pertinent et, plus spécifiquement par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CNUDPH) du 13 décembre 2006. Celle-ci décrit, dans son article 3, ses principes généraux : le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes ; La non-discrimination ; La participation et l'intégration pleines et effectives à la société ; Le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité ; L'égalité des chances ; L'accessibilité ; L'égalité entre les hommes et les femmes ; Le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé et le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité.

³³⁷ CEDH, gr. ch., 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, req. n°38433/09, §130 « A cet égard, la Cour observe que, dans une société démocratique, il ne suffit pas, pour assurer un véritable pluralisme dans le secteur de l'audiovisuel, de prévoir l'existence de plusieurs chaînes ou la possibilité théorique pour des opérateurs potentiels d'accéder au marché de l'audiovisuel. Encore faut-il permettre un accès effectif à ce marché, de façon à assurer dans le contenu des programmes considérés dans leur ensemble une diversité qui reflète autant que possible la variété des courants d'opinion qui traversent la société à laquelle s'adressent ces programmes. »

2. *La diversité, promue par l'Union européenne*

76. **Contexte.** Le droit de l'UE était, dès sa création, très sensible aux questions touchant à l'égalité, la non-discrimination et la promotion de la diversité. Ces éléments ont été primordiaux pour réussir la construction du marché unique permettant la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes. La notion d'égalité a préoccupé l'Union Européenne dès son origine, ce que l'on vérifie avec le Traité de Rome, qui consacre l'égalité des travailleurs féminins et masculins³³⁸. L'expression « égalité de traitement » apparaît en premier lieu dans le cadre de l'égalité entre ressortissants communautaires et nationaux au sein du règlement du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté³³⁹, pour s'élargir à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans la directive du 9 février 1976³⁴⁰ et, plus tard, à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail dans la directive du 27 novembre 2000³⁴¹. En revanche, la distinction entre égalité de traitement et égalité « non-discrimination » semble ne pas être réelle pour le droit communautaire, qui vise ces notions comme étant complémentaires³⁴². Ainsi, la Charte des droits fondamentaux, dans son chapitre III, se réfère à « l'égalité en droit » et à la « non-discrimination ». Cette complémentarité est affirmée par la jurisprudence de la Cour de justice et l'affaire *Rückdeschel*, qui consacre le principe général d'égalité et définit la non-discrimination comme « l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire »³⁴³.

77. **Origines.** Le terme « diversité » est apparu dans le vocabulaire de l'Union européenne durant les années 2000. Cependant, ses origines remontent aux années 1970, avec la Déclaration de Copenhague du 14 décembre 1973 sur l'identité européenne, qui affirme l'objectif visant à

³³⁸ Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), article 119 consacrant le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins. Dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, l'article 48 prévoit « l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Il faut préciser que ces préoccupations étaient notamment fondées sur l'objectif du libre marché et non pas sur des objectifs de justice sociale, comme le signale la sociologue Milena Doytcheva.

Milena Doytcheva, *Politiques de la diversité : Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, pp. 43-45.

³³⁹ Règl. (CEE) n°1612/68 du Conseil, du 15 oct. 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

³⁴⁰ Dir. 76/207/CEE du 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle.

³⁴¹ Dir. 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

³⁴² Jérôme Porta, « Egalité, discrimination, et égalité de traitement – à propos des sens d'égalité dans le droit de la non-discrimination (1^e partie) », *RDT*, 2011. p. 290.

³⁴³ CJCE, 19 oct. 1977, *Rückdeschel*, aff. 117/76, Rec. CJCE, p. 1753.

« préserver la riche variété des cultures nationales »³⁴⁴. En 2000, le terme « diversité » est apparu dans l'une des devises les plus célèbres de l'Union, la phrase latine « In varietate concordia », traduite dans toutes les langues officielles de l'UE, parmi lesquelles la langue française : « Unie dans la diversité ». Cette devise a été employée pour désigner le rassemblement des différentes cultures, traditions et langues au sein du continent « pour œuvrer en faveur de la paix et de la prospérité »³⁴⁵. La proposition visant à intégrer la devise dans le traité de Lisbonne a suscité de grands débats et, finalement, n'a pas abouti, la diversité ne figurant pas dans le Traité. Par conséquent, elle a une valeur *de facto* et non pas une valeur *de jure*³⁴⁶. L'utilisation du terme « diversité » dans le vocabulaire de l'UE peut paraître paradoxale : la diversité est employée au sein de l'UE comme un instrument d'unification. L'unité de valeurs, l'unité économique et politique, auxquelles l'UE aspire depuis sa création, ne doivent pourtant pas être confondues avec l'uniformité ni l'homogénéité. Au sein de l'UE, la diversité et l'unité coexistent, dans une relation dialogique³⁴⁷. Par exemple, les valeurs communes énoncées par les traités constituent un facteur d'unité et, en même temps, le respect de la diversité et du pluralisme font partie de ces valeurs communes. La diversité est également acceptée comme un facteur d'unité parce qu'elle est conforme à l'intérêt collectif³⁴⁸. En outre, la prise en compte de la diversité entre les États membres est devenue cruciale à la suite des élargissements successifs de l'Union, chaque État membre ayant des besoins différents et, par conséquent, des voies d'intégration différentes³⁴⁹.

Durant les années 2000, les directives sur l'égalité de traitement³⁵⁰ sont inspirées de la théorie anglo-saxonne et introduisent les notions de race, d'origine ethnique, de discrimination indirecte et de discrimination positive au droit communautaire³⁵¹. Or, ces notions ne faisaient

³⁴⁴ Yves Petit, « La reconnaissance de la diversité en droit de l'Union européenne », In *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Philippe Icard, Juliette Olivier Leprince (dirs), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 22.

³⁴⁵ Site officiel de l'Union Européenne, http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/motto/index_fr.htm.

³⁴⁶ Virginie Guiraudon établit un parallèle avec la devise des États-Unis « *E pluribus unum* » ayant un sens très similaire et le même message : construire une seule communauté politique à partir d'une multitude d'unités. Virginie Guiraudon, *op.cit.*, pp. 71-72.

³⁴⁷ Yves Petit, *op.cit.*, pp. 21-27.

³⁴⁸ Philippe Manin, « La place de la diversité dans les traités sur l'Union Européenne », In *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier : La France, l'Europe et le Monde*, Paris, Pedone, 2008, p. 403.

³⁴⁹ Un exemple typique de la reconnaissance de cette diversité entre les États membres est la mise en place des dérogations et des coopérations renforcées.

Yves Petit, *op.cit.*, pp. 24-25 et Philippe Manin, *op.cit.*, pp. 402-408.

³⁵⁰ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, Journal officiel n°L 180 du 19/07/2000 p. 0022 – 0026.

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel n°L 303 du 02/12/2000 p. 0016 – 0022.

³⁵¹ Olivier Masclat, *op.cit.*, p. 24.

pas partie de la culture juridique de certains pays européens, dont la France, voire entraînent en contradiction avec leur vision de l'égalité. Il convient de se référer sur ce point à la transposition de ces directives par le droit français, qui a choisi de ne pas mettre en œuvre les articles optionnels relatifs à l'*affirmative action* et qui a remplacé les appellations « race » et « ethnie » par l'expression « appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée » à une race ou à une ethnie³⁵². Quant à la diversité, son apparition vise à susciter un débat par rapport à ces critères, considérés sensibles, et à la possible extension des mesures d'action positive³⁵³. Parmi les pays européens, distinguons le cas de l'ex-membre de l'UE, le Royaume-Uni, dont la vision de la diversité se rapproche de celle des États-Unis.

78. **Aspects de la diversité.** L'UE s'est notamment intéressée à trois aspects de la diversité : la diversité ethnique, la diversité linguistique et la diversité culturelle³⁵⁴. La diversité ethnique se traduit par l'application stricte des politiques publiques de l'UE, le principe de non-discrimination et l'importance du critère du respect des minorités ethniques comme prérequis pour l'adhésion d'un nouveau membre³⁵⁵. La diversité linguistique s'exprime à travers l'importance conférée aux langues des États membres et au multilinguisme. La diversité culturelle est consacrée par l'article 151 du traité de Maastricht, qui affirme le respect de la diversité nationale et régionale des États membres, ainsi que par l'adoption par le Parlement Européen, en 2006, de la Déclaration Universelle sur la diversité culturelle de l'Unesco. La diversité culturelle est également mentionnée dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux, selon lequel « l'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures » et dans son article 22, qui consacre le respect de la diversité culturelle, religieuse et linguistique³⁵⁶, un article qui fait écho à la protection des minorités nationales³⁵⁷. En 2008, la Commission a établi un livre vert intitulé « Livre vert sur la cohésion territoriale : faire de la diversité territoriale un atout »³⁵⁸. Dans ce

³⁵² Olivier Masclet, *op.cit.*, p. 26.

³⁵³ Alain Klarsfeld, Lize A.E. Booyesen, Eddy Ng, Ian Roper, Ahu Tatli, *op.cit.*, p. 3.

³⁵⁴ Philippe Icard, Juliette Olivier Leprince, *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. XV.

³⁵⁵ Traité sur l'Union européenne (version consolidée), 2012/C 326/01, article 2 : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

³⁵⁶ Philippe Icard, Juliette Olivier Leprince, *op.cit.*, p. XVI.

³⁵⁷ Yves Petit, *op.cit.*, p. 23.

³⁵⁸ Commission européenne, « Livre vert sur la cohésion territoriale : faire de la diversité territoriale un atout », <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3Apr0002>.

cadre, la diversité est conçue comme un moyen d'améliorer les liens et la coopération entre territoires, afin de soutenir leur développement harmonieux. Malgré les nombreuses références au terme « diversité », la notion demeure, en droit de l'UE également, dépourvue de définition juridique précise, ce qui rend son encadrement difficile.

79. **La diversité dans le droit primaire de l'UE.** Il convient de mettre davantage l'accent sur la référence à la diversité dans le droit primaire de l'UE, en commençant par les traités. Les traités appartiennent au droit primaire de l'UE et occupent, avec les principes généraux, la place la plus élevée dans la hiérarchie des normes au sein du droit de l'UE³⁵⁹. Par conséquent, la présence de la diversité dans les traités fondateurs, le traité sur l'UE (TUE) et le Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), met en exergue l'importance de la notion en tant qu'objectif et valeur transversaux de l'Union. Ainsi, l'article 3 §3 du TUE fait référence à la diversité culturelle et linguistique que l'UE respecte et elle veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.

Quant au TFUE, les références à la diversité y sont multiples et touchent plusieurs domaines, certains plus secondaires et d'autres centraux à l'action de l'UE. Concernant le domaine de l'éducation, l'Union vise à encourager la coopération entre les États membres et complète leur action en respectant leur diversité culturelle et linguistique (article 165§1). Dans le domaine de la culture, l'article 167 du TFUE prévoit que « §1. L'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun ». De plus, « §4. L'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures ». Dans le cadre de la politique commerciale commune, l'article 207 §4 a) prévoit que « Le Conseil statue également à l'unanimité pour la négociation et la conclusion d'accords : dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels, lorsque ces accords risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union ». Même si ces références peuvent sembler secondaires, elles démontrent que la diversité est une préoccupation, un objectif ainsi qu'une valeur de nature transversale pour l'UE.

³⁵⁹ Roland Bieber, Francesco Maiani, *Précis de droit européen*, Berne, Stämpfli Editions SA, 2^e éd., 2011, pp. 111-112.

Dans le domaine très important de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (Titre V), l'on retrouve aussi quelques références indirectes à la diversité. L'article 67§1 dispose que « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres » et, concernant la coopération judiciaire en matière pénale, l'article 82 §2 prévoit que « le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales. Ces règles minimales tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres ». Selon Philippe Manin³⁶⁰, cette disposition montre que l'UE souhaite protéger davantage la diversité du droit pénal des États membres par rapport à d'autres domaines, où les références à la diversité ne sont pas accompagnées d'un tel encadrement.

De même, l'article 174 TFUE sur la cohésion économique, sociale et territoriale dispose que « l'Union vise à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions les moins favorisées. Parmi les régions concernées, une attention particulière est accordée aux zones rurales, aux zones où s'opère une transition industrielle et aux régions qui souffrent de handicaps naturels ou démographiques graves et permanents telles que les régions les plus septentrionales à très faible densité de population et les régions insulaires, transfrontalières et de montagne ». Cet article caractérise la diversité régionale, en décrivant les caractéristiques des régions susceptibles de bénéficier des crédits de la politique de la cohésion économique et sociale³⁶¹. Dans ce cadre, la reconnaissance de la diversité peut avoir des effets juridiques et économiques importants pour la région concernée.

80. Un autre texte d'une importance particulière est la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Cette charte, adoptée en 2000³⁶², était dépourvue d'autorité juridique jusqu'à l'adoption du TUE en 2009, qui lui accorde, par son article 6-1, la même valeur juridique que les traités³⁶³. Le préambule de la Charte annonce les valeurs communes sur lesquelles est fondée la construction de l'UE, valeurs parmi lesquelles figure la diversité. Plus spécifiquement, « l'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le

³⁶⁰ Philippe Manin, *op.cit.*, pp. 398-400.

³⁶¹ Yves Petit, *op.cit.*, p. 28.

³⁶² Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 2000/C 364/01, 18 déc. 2000, puis adaptée en 2007, 2007/C 303/01, 14 déc. 2007.

L'art. 6-1 précise également que « les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ».

³⁶³ Bernard Teyssie, *Droit européen du travail*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 33-35.

respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres ». Encore une fois, la diversité apparaît comme une valeur commune ainsi qu'un objectif de l'UE. L'article 22 de la Charte renvoie directement à la diversité dans ses différentes facettes et prévoit que l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique.

81. Est également présente dans les traités une notion connexe à celle de diversité : le respect de l'identité nationale des États membres. Selon Philippe Manin, la diversité est implicitement référencée lorsque « le respect de l'identité nationale des États membres » est invoqué, le respect de l'identité nationale pouvant postuler celui de la diversité³⁶⁴. Le respect de l'identité nationale est notamment invoqué pour signaler les limites de la compétence de l'UE et les domaines dans lesquels l'UE ne peut intervenir, car « inhérents » à l'identité nationale des États membres³⁶⁵. Comme nous l'avons vu, ce même lien entre le respect de la diversité et le respect de l'identité nationale est également opéré dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Effectivement, le respect de l'identité nationale constitue un prérequis pour le respect et la promotion de la diversité et a été lié au pluralisme culturel dans l'affaire *Commission c/Luxembourg* de 1996³⁶⁶.

82. **La diversité dans les directives de l'UE.** Objectif de nature transversale, nous pouvons également déceler des références à la diversité dans certaines directives. Incontestablement, la directive la plus importante en matière d'égalité et de non-discrimination au travail est la directive 2000/78³⁶⁷. Bien que la diversité ne soit pas au centre de cette directive, elle se manifeste de façon transversale dans son esprit et ses objectifs. Selon le considérant 25, « L'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi ». Cette référence à la diversité, bien que brève, suffit à montrer que la diversité au travail constitue un objectif de la directive ainsi que de la politique sociale de l'UE. À cette

³⁶⁴ Philippe Manin, *op.cit.*, pp. 396-398.

³⁶⁵ TUE, art.4 §2. « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. »

³⁶⁶ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/Luxembourg*, aff. C-473/93.

³⁶⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Journal officiel n°L 303 du 02/12/2000 p. 0016 – 0022.

directive, il faut ajouter la directive 2000/43³⁶⁸ sur le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, directive qui touche plusieurs domaines, y compris celui de l'emploi.

Dans des directives postérieures, la diversité acquiert une place beaucoup plus claire et importante. Un exemple caractéristique, la directive 2013/36/UE³⁶⁹, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, met en exergue l'importance de diversité ; elle introduit la diversité comme critère à prendre en considération lors du recrutement des membres des organes de direction. Selon le considérant 60, la diversité peut être la solution au problème du manque de suivi des décisions de gestion par les organes de direction. Ce manque de suivi est partiellement dû au « conformisme de groupe » et au manque de diversité dans la composition des organes de direction. Dans ce même considérant, les résultats bénéfiques de la diversité sont mis en exergue et les aspects de la diversité sont délimités ; les critères à retenir sont ceux de l'âge, du sexe, de l'origine géographique et du parcours éducatif et professionnel. Une importance toute particulière est accordée au critère du sexe, lorsque l'on se trouve en présence d'un sexe sous-représenté :

« Pour encourager l'indépendance de vues et la contestation critique, la composition des organes de direction des établissements devrait donc être suffisamment diversifiée, du point de vue de l'âge, du sexe, de l'origine géographique et du parcours éducatif et professionnel, pour représenter des opinions et des expériences variées. L'équilibre hommes-femmes est particulièrement important pour assurer une représentation adéquate de la population. En particulier, les établissements qui n'atteignent pas un seuil de représentation pour le sexe sous-représenté devraient prendre en priorité des mesures appropriées. La représentation du personnel au sein des organes de direction pourrait également, en ajoutant une dimension essentielle et en apportant une véritable connaissance du fonctionnement interne des établissements, apparaître comme une façon judicieuse de renforcer la diversité. Des organes de direction plus diversifiés devraient être mieux à même de suivre la gestion des établissements et contribuer ainsi à améliorer la supervision des risques et la capacité de résistance des établissements. La diversité devrait donc faire partie des critères pour la composition des

³⁶⁸ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, L 180/22.

³⁶⁹ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, Journal officiel de l'Union européenne L 176/338.

organes de direction. D'une manière plus générale, la politique de recrutement des établissements devrait également tenir compte de la diversité. Cette politique devrait par exemple encourager les établissements à sélectionner des candidats des deux sexes figurant sur des listes restreintes. »

L'article 91 de la directive constitue un appel aux États membres ou aux autorités compétentes en vue d'exiger des établissements et de leur comité de nomination qu'ils fassent appel à un « large éventail de qualités et de compétences lors du recrutement des membres de l'organe de direction et, à cet effet, qu'ils mettent en place des politiques favorables à la diversité au sein de l'organe de direction ». Les autorités compétentes recueillent les informations relatives aux politiques de diversité adoptées et les transmettent à l'Autorité bancaire européenne (ABE). L'ABE utilise ces informations pour comparer les pratiques en matière de diversité à l'échelle de l'Union. En 2016, l'ABE a publié un rapport pour référencer les pratiques en matière de diversité au niveau de l'Union européenne³⁷⁰. Selon ce rapport, seul un nombre limité d'institutions a adopté une politique en faveur de la diversité, malgré l'obligation juridique qui découle de la directive. De plus, concernant la diversité de sexe et malgré les divergences entre les différents États-membres, la représentation limitée des femmes au sein des organes de direction constitue une réalité générale (avec un pourcentage de 13,6 % dans la fonction de direction et de 18,9% dans la fonction de supervision).

La directive 2014/65/UE³⁷¹, concernant les marchés d'instruments financiers, s'inscrit dans la continuité de la promotion de la diversité mise en place par la directive 2013/36/UE : elle se réfère à plusieurs reprises à l'exigence visant à promouvoir la diversité dans le recrutement ainsi que dans la sélection des membres des organes de direction. Dans son considérant 54, la directive énonce que « la représentation du personnel au sein des organes de direction pourrait également, en ajoutant une dimension essentielle et en apportant une véritable connaissance du fonctionnement interne des entreprises, apparaître comme une façon judicieuse de renforcer la diversité. La diversité devrait donc faire partie des critères pour la composition des organes de direction ». Le considérant poursuit avec la formule déjà employée par la directive 2013/36/UE, mentionnée ci-dessus : « D'une manière plus générale, la politique de recrutement des

³⁷⁰ European Banking Authority, « *Benchmarking of diversity practices at the European Union level* », 8 juillet 2016, EBA-Op-2016-10.

³⁷¹ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (refonte), Journal officiel de l'Union européenne L 173/349.

entreprises devrait également tenir compte de la diversité. Cette politique devrait par exemple encourager les entreprises à sélectionner des candidats des deux sexes figurant sur des listes restreintes. » Son article 45, relatif aux exigences applicables à l'organe de direction d'un opérateur de marché, promeut la prise en compte de la diversité pour la sélection des membres de cet organe³⁷², ainsi que la mise en place d'une politique de diversité³⁷³.

83. Nous pouvons constater que si la diversité représentait un objectif, une valeur transversale pour l'UE, aucun texte contraignant ne lui a véritablement donné la priorité. Cette situation a connu une évolution avec la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014³⁷⁴ concernant la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes. L'objectif primordial de la proposition de cette directive n'était pas « d'imposer la mise en œuvre d'une politique de responsabilité sociale des entreprises ou de la diversité aux entreprises mais simplement à faire consacrer le principe de transparence qui est l'une des conditions de la loi économique de l'offre et la demande »³⁷⁵. La diversité se trouve toutefois au cœur de ce texte, qui crée des obligations concrètes pour les États membres et notamment les entreprises en matière de diversité au travail. En effet, la directive 2014/95/UE modifie la directive 2013/34/UE³⁷⁶ en ce qu'elle ajoute, en matière de publication d'informations non financières, les informations relatives à la diversité. Le considérant 18 met à nouveau l'accent sur « la diversité des compétences et des points de vue des membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance des entreprises » et l'importance de la transparence dans les politiques de diversité appliquées. Accroître la diversité au sein des organes décisionnels est un objectif déjà traité par les directives précédentes, mais qui acquiert une importance particulière avec cette directive. Selon le considérant 19, certaines grandes entreprises « devraient être tenues de publier des informations sur les politiques de diversité en rapport avec les organes d'administration, de gestion et de surveillance au regard de critères tels que, par exemple, l'âge, le genre ou les qualifications et l'expérience professionnelles. La publication des informations sur la politique de diversité devrait faire partie de la déclaration sur le gouvernement d'entreprise prévue par l'article 20 de

³⁷² Directive 2014/65/UE, Art.45, 9. e).

³⁷³ *Ibid.*, Art.45, 5.

³⁷⁴ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes

³⁷⁵ Nicolas Cuzacq, « Proposition de directive relative à la publication par les entreprises d'informations extra-financières et d'informations relatives à la diversité », *RDT*, 2013, pp. 563-564.

³⁷⁶ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises.

la directive 2013/34/UE. Si aucune politique de diversité n'est appliquée, il ne saurait y avoir d'obligation d'en instaurer une, mais la déclaration sur le gouvernement d'entreprise devrait inclure une explication claire des raisons pour lesquelles il en est ainsi ».

Nous pouvons en déduire que pour certaines entreprises, l'adoption d'une politique diversité constitue une véritable obligation, puisque, même si le manquement à cette obligation n'est pas nécessairement sanctionné, il doit absolument être justifié³⁷⁷. En outre, la directive 2014/95/UE modifie la directive 2013/34/UE en ce qu'elle ajoute, dans les éléments à publier dans le cadre de la déclaration non financière, la description de la politique de diversité. Cette obligation concerne plus spécifiquement les grandes entreprises, qui sont des entités d'intérêt public³⁷⁸ : la directive 2014/95/UE modifie dans son article 1^{er} l'article 20 de la directive 2013/34/UE, concernant la déclaration sur le gouvernement d'entreprise, en ajoutant aux éléments à inclure la diversité³⁷⁹ : « une description de la politique de diversité appliquée aux organes d'administration, de gestion et de surveillance de l'entreprise au regard de critères tels que, par exemple, l'âge, le genre ou les qualifications et l'expérience professionnelles, ainsi qu'une description des objectifs de cette politique de diversité, de ses modalités de mise en œuvre et des résultats obtenus au cours de la période de référence. À défaut d'une telle politique, la déclaration comprend une explication des raisons le justifiant ». Remarquons que la directive 2014/95/UE met réellement en avant la politique de diversité de l'entreprise, sans particulièrement s'intéresser aux aspects de cette diversité. Elle donne comme exemple les

³⁷⁷ Cette directive s'inscrit dans une démarche de transparence très importante pour l'Union européenne. Comme l'explique Nicolas Cuzacq, « Le *reporting* extra-financier doit avoir comme finalité de donner une image fidèle de la politique RSE de l'entreprise. Son cadre légal doit être un palladium face au storytelling de certaines entreprises ». Les conséquences économiques étant importantes, il existe un besoin accru de légitimer le *reporting* extra-financier, ce qui inclut un encadrement des politiques de diversité des grandes entreprises, qui ont souvent tendance à embellir la situation dans le but de satisfaire à des objectifs médiatiques et commerciaux. Nicolas Cuzacq, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *Rev. sociétés*, 2015, p. 708, §5-6.

³⁷⁸ L'art. 2.1) de la directive 2013/34/UE définit les entreprises d'intérêt public de la façon suivante : « les entreprises relevant du champ d'application de l'article 1er qui sont : a) régies par le droit d'un État membre et dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 14), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (12); b) des établissements de crédit définis à l'article 4, point 1), de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (13), autres que ceux visés à l'article 2 de ladite directive; c) des entreprises d'assurance au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 91/674/CEE du Conseil du 19 décembre 1991 concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance (14), ou d) désignées par les États membres comme entités d'intérêt public, par exemple les entreprises qui ont une importance publique significative en raison de la nature de leurs activités, de leur taille ou du nombre de leurs employés ».

³⁷⁹ Conformément à l'art. 20 de la directive 2013/34/UE, la déclaration sur le gouvernement d'entreprise fait partie du rapport de gestion et contient au minimum certaines informations telles que le code de gouvernement d'entreprise, une description des principales caractéristiques des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de l'entreprise dans le cadre du processus d'établissement de l'information financière, la composition et le mode de fonctionnement des organes administratifs, de gestion et de surveillance et de leurs comités...

critères de l'âge, de genre, de qualification et d'expérience professionnelles mais cette liste n'est ni limitative, ni exhaustive. La directive vise notamment à ce que cette démarche soit réalisée avec des objectifs et résultats concrets. Il revient aux entreprises de déterminer les critères à retenir pour matérialiser cette démarche.

84. **La diversité dans la jurisprudence de la Cour de Justice.** La diversité est également présente dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg³⁸⁰. Concernant la diversité linguistique et culturelle, par exemple, il existe des arrêts faisant référence à ces aspects de la diversité en matière d'audiovisuel³⁸¹ ou de systèmes d'éducation³⁸². Toutefois, concernant la diversité au travail, celle-ci est notamment mentionnée dans des affaires relatives aux discriminations liées à l'âge. Ceci s'explique par le fait que la diversité est mentionnée au considérant 25 de la directive 2000/78 et fait partie, par conséquent, du cadre juridique sur lequel se fonde le raisonnement de la Cour. Ces affaires examinent si certaines différences de traitement fondées sur l'âge pourraient être justifiées ou si elles sont discriminatoires, dans le cadre, par exemple, des rémunérations sur le fondement de tranches d'âge³⁸³, ou la mise à la retraite obligatoire après un certain âge³⁸⁴, ou encore la fixation d'un âge maximal de recrutement pour certaines professions³⁸⁵.

L'ensemble des textes contraignants et non contraignants issus du Conseil de l'Europe et de l'UE, ainsi que la jurisprudence des Cours de Strasbourg et de Luxembourg, visent à la promotion de la diversité dans plusieurs domaines et notamment dans le domaine du travail. Les exigences et incitations européennes ont poussé la France à revoir ses perceptions en matière de non-discrimination mais aussi de diversité au travail.

³⁸⁰Nous avons choisi de ne pas nous focaliser sur les arrêts se référant à la diversité des pratiques nationales, la diversité des modèles sociaux, la diversité des traditions juridiques des États membres, etc. Nous ne faisons pas non plus référence à l'ensemble de très nombreux arrêts traitant la thématique des discriminations.

³⁸¹CJUE, 4^e ch., 13 décembre 2018, *France Télévisions SA contre Playmédia et Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)*, aff. C-298/17.

³⁸²CJUE, 1^{ère} ch., 15 oct. 2018, aff. C-457/17.

³⁸³CJUE, 2^e ch., 8 sept. 2011, aff. jointes C-297/10 et C-298/10.

³⁸⁴Concernant les pilotes de ligne et la cessation automatique des contrats de travail à 60 ans : CJUE, gr. ch., 13 sept. 2011, affaire C-447/09.

Concernant la mise à la retraite d'office à 68 ans en Bulgarie : CJUE, 2^e ch., 18 nov. 2011, aff. jointes C-250/09 et C-268/09.

Concernant la cessation du contrat de travail pour cause d'âge de départ à la retraite en Allemagne : CJUE, gr. ch., 12 oct. 2010, affaire C-45/09.

Concernant le non-paiement d'indemnités de licenciement aux travailleurs éligibles au bénéfice d'une pension de vieillesse en Danemark : CJUE, gr. ch., 12 oct. 2010, affaire C-499/08.

³⁸⁵CJUE, gr. ch., 12 janv. 2010, aff. C-229/08.

Paragraphe 2. Une prolongation des exigences légales françaises

85. Pour appréhender la version française de la diversité, il est indispensable d'examiner le contexte dans lequel celle-ci a été développée, un contexte très différent par rapport aux pays anglo-saxons. Le développement de la notion de diversité en France a été encadré par la particularité de l'idéal républicain, ce qui a eu pour conséquence de ne pas traiter de la même manière tous les aspects de la diversité (A). Toutefois, les incitations et exigences européennes et internationales ont contraint le législateur français à mettre en place un droit plus complet de lutte contre les discriminations et à œuvrer pour le développement de la diversité au travail (B).

A) Une vision de la diversité spécifique : la diversité sous le prisme de l'idéal républicain

86. **Le contexte historique français.** La France accuse un retard considérable dans le développement de la notion de diversité par rapport aux États-Unis, ce qui s'explique par le contexte historique particulier des deux pays. En ce qui concerne les États-Unis, ce sont la ségrégation et l'esclavage qui se trouvent à la source de l'invention de la diversité. L'émergence progressive, dès les années 1950, de la reconnaissance des droits civiques a conduit à la naissance de la diversité. En France, deux phénomènes historiques très différents, celui de la décolonisation et de l'immigration économique moderne, ont généré cette évolution, qui a débuté à partir des années 1970³⁸⁶.

Les discriminations fondées sur les origines sont reconnues pour la première fois en 1998, dans le rapport du Haut Conseil à l'intégration³⁸⁷. Cette reconnaissance est due à la prise de conscience des difficultés frappant les migrants et leurs enfants, difficultés qui révèlent « un problème d'intégration »³⁸⁸. L'objectif de l'intégration est un objectif politique, apparu à l'origine dans les années 1930 avec l'arrivée des migrants Italiens et Juifs, avant de réapparaître durant les années 1980 pour faire face au flux migratoire des populations maghrébines³⁸⁹.

87. **L'idéal de l'égalité républicaine.** Pour comprendre la notion de la diversité française, il faut nous référer au fondement sur lequel les notions d'égalité et de diversité sont assises : l'idéal républicain français. Cet idéal exprime une égalité parfaite, qui permet aux individus de

³⁸⁶ Isabelle Barth, Christophe Falcoz, *op.cit.*, p. 20.

³⁸⁷ Olivier Masclet, *op.cit.*, p. 11.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 12.

³⁸⁹ *Ibid.*

« transcender » les singularités individuelles afin de former une communauté de citoyens égaux avec des valeurs, des règles et des normes partagées³⁹⁰.

Quelle facette de l'égalité représente l'égalité républicaine et comment celle-ci influence-t-elle notre perception de la diversité ? L'idéal républicain de l'égalité est aussi référencié par le terme anglo-saxon *color-blindness*, qui désigne l'absence de préjugés raciaux. Aux États-Unis, *color-blindness* désignait à l'origine le principe d'égalité devant la loi et la lutte contre les inégalités des statuts juridiques entre Noirs et Blancs. Toutefois, lorsque le terme est associé aux traitements différenciés, il se transforme en argument d'opposition à l'encontre de l'*affirmative action* et de la prise en compte des distinctions raciales³⁹¹. Selon la vision de *color-blindness*, la diversité est entendue comme un moyen permettant de promouvoir l'égalité entre des individus égaux en droits. Par conséquent, la diversité républicaine, qui suit ce concept, s'oppose à la formation d'identités culturelles et ethniques, puisqu'une telle admission résulterait à l'admission de l'existence de communautés pourvues de droits spécifiques³⁹². L'accent est alors placé sur les différences individuelles de la personne, comme l'âge ou le sexe, et la référence à la race ou à l'ethnie est remplacée par des critères moins sensibles, comme l'apparence physique ou le patronyme. Cela signifie que la vision républicaine de la diversité empêche la considération des aspects collectifs, tels que l'appartenance à un groupe ethnique, et se limite aux aspects individuels, tels que le patronyme. Il devient également évident que la diversité s'inscrit dans un débat encore plus large, celui sur le renouveau ou la refondation du modèle républicain français³⁹³.

Par conséquent, il est clair que coexistent deux visions très différentes de la diversité, mises en exergue par le sociologue du travail Monsieur Hervé Marchal : la diversité universaliste, développée en France conformément à l'idéal républicain, et la diversité différentialiste, qui exprime la philosophie pluraliste américaine³⁹⁴. La diversité universaliste émane de la tradition philosophique française du XVIII^e siècle, qui a consacré l'existence de droits individuels imprescriptibles, inaliénables et indépendants de la nationalité, du sexe, de la culture ou d'autres caractéristiques de la personne. Cette vision humaniste se focalise sur les caractéristiques que tout individu dispose en tant qu'être humain, caractéristiques qui englobent et dépassent les

³⁹⁰ Hervé Marchal, *op.cit.*, p. 119.

³⁹¹ Gwénaële Calvès, *op.cit.*, pp. 79-81.

³⁹² *Ibid.*, pp. 120-121.

³⁹³ Annie Junter, Réjane Sénac, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, 2010/3 (n°114), p. 167-195.

³⁹⁴ Gwénaële Calvès, *op.cit.*, pp. 121-123.

différences individuelles et collectives. De l'autre côté, la diversité différentialiste, développée par les anthropologues américains du XX^e siècle, considère que la personnalité de l'individu est conditionnée par la culture à laquelle il appartient. L'anthropologue M. Mead revendique l'existence du « sexe social », sexe qui exprime la culture d'appartenance et qui joue un rôle beaucoup plus important que le sexe biologique dans la formation des principes, des valeurs et des caractéristiques³⁹⁵. Selon ce modèle, il faut reconnaître les différences collectives afin de réussir à concrétiser l'objectif de la diversité. Par conséquent, l'idéal républicain de l'égalité peut se transformer en véritable frein juridique et conceptuel³⁹⁶, non seulement pour la promotion de la diversité, mais également pour l'intégration de certains critères discriminatoires dans le cadre juridique français.

88. **Des acteurs non-étatiques.** Une autre singularité française en matière de diversité concerne les acteurs qui ont contribué à son invention. Contrairement aux États-Unis, la diversité en France n'a pas émané d'une intervention publique coercitive mais de la volonté des acteurs sociaux, et notamment des entreprises³⁹⁷. La Charte de la Diversité en entreprise de 2004 (analysée au cours du premier chapitre) est une initiative des entreprises ayant pour objectif de promouvoir et œuvrer en faveur de la diversité. Cette initiative a été reprise par les partenaires sociaux en 2006³⁹⁸, dans le cadre du premier accord national interprofessionnel (ANI) relatif à la diversité dans l'entreprise, puis en 2007, dans le cadre d'un second ANI relatif à la diversité, concernant plus précisément les salariés des entreprises de travail temporaire³⁹⁹. Ce n'est qu'en 2008, à travers le lancement du Label Diversité, que l'État est intervenu en la matière en tant que propriétaire du Label. Toutefois, cette intervention restait limitée puisque le label, comme on l'a déjà constaté, associe d'autres acteurs non étatiques, l'Association nationale des directeurs des ressources humaines (ANDRH) et les syndicats de salariés et d'employeurs. Ce qui différencie l'intervention étatique française de l'intervention étatique anglo-saxonne est que l'État français incite les entreprises et les partenaires sociaux à conclure des accords sur la diversité, à la différence des États-Unis, où la négociation collective ne joue pas un rôle important en la matière⁴⁰⁰. L'avantage du recours aux partenaires sociaux est la mise

³⁹⁵ Gwénaële Calvès, *op.cit.*, pp. 122-123.

³⁹⁶ Michel Miné, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 54.

³⁹⁷ Réjane Sénac, *L'invention de la diversité*, Paris, Puf, 2012, p. 12.

³⁹⁸ Accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006.

³⁹⁹ Accord national interprofessionnel du 16 mars 2007 relatif à la non-discrimination, l'égalité de traitement et la diversité des salariés permanents des entreprises de travail temporaire.

⁴⁰⁰ Marie Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, *op.cit.*, p. 139.

en place d'accords qui répondent aux besoins de l'entreprise avec des plans d'action « sur mesure »⁴⁰¹.

L'image de la diversité « à la française ». Bien que le rôle étatique dans la promotion de la diversité reste réduit, l'intention de promouvoir une certaine image de la diversité existe. En 2007, a été créée par décret⁴⁰² la commission Images de la diversité, auprès de l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, désormais Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET) et du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC)⁴⁰³. Depuis 2016, cette commission dispose d'un fonds propre, le Fonds Images de la diversité (FIDD), qui vise à « soutenir la création et la diffusion des œuvres cinématographiques, audiovisuelles et multimédia contribuant à donner une représentation plus fidèle de la réalité française et de ses composantes »⁴⁰⁴. Cette réalité française se traduit par le soutien à des projets qui « représentent l'ensemble des populations immigrées, issues de l'immigration et des populations ultramarines qui composent la société française, notamment celles qui résident dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville ; représentent les réalités actuelles, l'histoire et la mémoire, en France, de ces populations et de celles des quartiers prioritaires de la politique de la ville situés en territoire urbain ; concourent à l'égalité entre les femmes et les hommes, à la politique d'intégration et à la lutte contre les discriminations dont sont victimes les habitants des quartiers défavorisés, notamment les discriminations liées au lieu de résidence et à l'origine réelle ou supposée ; contribuent à la reconnaissance et à la valorisation de l'histoire, du patrimoine et de la mémoire des quartiers de la politique de la ville »⁴⁰⁵. En soutenant des projets mettant en lumière des composantes spécifiques de la population française, l'objectif est de créer des produits culturels qui unissent l'ensemble de cette population. En effet, cette démarche, tout en faisant écho à la devise « unie dans la diversité », n'insiste pas moins sur les valeurs Républicaines : « Une représentation qui vise à écrire par l'image une histoire commune de l'ensemble de la population française autour des valeurs de la République, en favorisant l'émergence de nouvelles formes d'écritures et de nouveaux talents, issus notamment des quartiers prioritaires de la politique de la ville. »⁴⁰⁶

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 139.

⁴⁰² Décret n°2007-181 du 9 février 2007 portant création de la Commission images de la diversité.

⁴⁰³ Commissariat général à l'égalité des territoires, dossier « Commission Images de la diversité », <https://www.cget.gouv.fr/commission-images-de-diversite-0>.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*

89. **L'opposition.** L'invention du terme de « diversité » en France et la fréquence accrue de son utilisation dans la sphère juridique et politique n'est pas accueillie de façon unanime : au contraire, des courants de forte opposition sont apparus. En premier lieu, le terme a généré une polémique en raison des préoccupations collectives qu'il soulève. Selon Michel Wieviorka, ces préoccupations consistent en la reconnaissance, dans l'espace public, d'identités culturelles, religieuses, ou nationales ainsi que de l'existence de discriminations qui atteignent les membres de certains groupes, notamment des « minorités visibles »⁴⁰⁷. En second lieu, la promotion de la diversité serait susceptible de compromettre les efforts entrepris en matière de lutte contre les discriminations ; le fait de substituer à la lutte contre les discriminations la notion juridiquement très floue de diversité serait en effet susceptible de constituer un risque majeur et même servir de moyen d'éluder les obligations légales en la matière. Le Professeur américain Walter Benn Michaels révèle le raisonnement des opposants à la diversité : « la diversité n'est pas un moyen d'instaurer l'égalité ; c'est une méthode de gestion de l'inégalité »⁴⁰⁸. Actuellement, nous pouvons remarquer une préférence accrue des entreprises pour l'emploi du terme « diversité » au lieu de celui de « discrimination ». Le raisonnement est double. Premièrement, le terme « discrimination » se caractérise par une connotation négative, laissant supposer l'existence des victimes et des coupables des actes discriminatoires au sein de l'entreprise. Tout en se souvenant de la pensée de Jean Jaurès selon laquelle « quand les hommes ne peuvent changer les choses, ils changent les mots »⁴⁰⁹, il semble que ce changement s'opère en raison de l'absence de définition et d'encadrement juridiques de la diversité. Le terme « diversité » « échappe au registre accusateur du droit antidiscriminatoire » et permet de se soustraire aux dispositions contraignantes liées à la discrimination⁴¹⁰. Madame Virginie Guiraudon fait référence aux usages profanes du mot « diversité » : pour certains, il est conçu comme un « mot écran », utilisé pour éviter les mots qui fâchent et pèsent juridiquement, tandis que pour d'autres, il s'agit d'un mot « fourre-tout » et consensuel qui « permet de trouver un accord a minima »⁴¹¹ et, par conséquent, alléger les obligations de l'employeur en matière de lutte contre les discriminations. De plus, la diversité se présente comme une solution à une autre problématique, celle des discriminations ethniques et raciales et la dénomination des

⁴⁰⁷ Réjane Sénac, *op.cit.*, p. 7.

⁴⁰⁸ Walter Benn Michaels, *La diversité contre l'égalité* (traduit de l'américain par Frédéric Junqua), Paris, Raisons d'agir, 2009, p. 10.

⁴⁰⁹ Marie Stéphanie Abouna, Pierre Bruno, « Réception et représentations de la notion de diversité : perspective », In *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Philippe Icard, Juliette Olivier Leprince, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 11.

⁴¹⁰ Olivier Masclet, *op.cit.*, pp. 6-7.

⁴¹¹ Virginie Guiraudon, *op.cit.*, p. 71.

populations visées⁴¹². Ainsi, le terme « diversité » est employé au lieu d'opérer une dénomination d'une population visée selon des critères tels que l'origine, le nom ou la couleur de peau. Toutefois, cette dénomination est usitée et constitue un risque supplémentaire pour les opposants à la diversité : en tentant d'établir une égalité substantielle et promouvoir la diversité, ses partisans traitent différemment les personnes appartenant à une minorité, ce qui peut effectivement produire les résultats inverses de ceux qui étaient souhaités.

Un exemple jurisprudentiel est celui de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 27 juin 2012⁴¹³ : en l'espèce, une salariée de la société nationale de radiodiffusion Radio France demande la requalification de ses CDD successifs en CDI, ainsi que l'allocation de dommages-intérêts pour discrimination. Parmi ses arguments figure le fait qu'il y a eu une stigmatisation de ses origines de la part de la direction dans son rapport sur la diversité. En effet, son recrutement figurait dans le rapport en qualité de « nouveaux visages nouvelles voix ». La Cour d'appel n'a pas retenu cet argument et, finalement, a débouté la salariée de sa demande relative à la discrimination. Toutefois, nous pouvons en déduire que profiter d'une politique de diversité pourrait conduire à la stigmatisation de la personne, si la direction n'a pas bien géré les politiques diversité de son entreprise et que celles-ci conduisent à un isolement ou à une différenciation de la personne de ses collègues.

Selon une recherche de 2008 financée par le ministère du Travail sur les enjeux du passage de la lutte contre les discriminations ethno-raciales à la « promotion de la diversité », l'apparition du terme « diversité » a conduit à la redéfinition multiple des termes, et notamment à l'extension, au déplacement et à l'euphémisation de l'objet des actions antidiscriminatoires⁴¹⁴. Nous pouvons constater, à partir de l'apparition du terme durant les années 2000, un déplacement graduel de la problématique des discriminations vers celle de la diversité. Les pouvoirs publics ont légitimé et soutenu la promotion de la diversité, notamment au sein des entreprises, en érigeant la gestion de la diversité en politique de lutte contre les discriminations⁴¹⁵. Depuis 2005, une expression particulière apparaît dans la terminologie française : « issu de la diversité »⁴¹⁶. Cette expression reflète une conception particulière de la

⁴¹² Olivier Masclet, *op.cit.*, p. 8.

⁴¹³ CA de Toulouse, 27 juin 2012, n°10/06071.

⁴¹⁴ Réjane Sénac, *op.cit.*, p. 9.

⁴¹⁵ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁴¹⁶ Jean-Louis Chaussade, *Dix ans de politiques de diversité: quel bilan ?*, Institut Montaigne, septembre 2014, p. 52, Gérard Mauger, « Issus de la diversité », *Savoir/Agir*, 2009/1, n°7, p. 103. L'on retrouve également des termes similaires tels que « issus des milieux défavorisés » ou « issus des ZUS » : V. par exemple Romain Geiss, *Ouvrir les grandes écoles à la diversité*, Institut Montaigne, janvier 2006, p. 18, p. 30.

diversité, qui se limite à ne caractériser que certaines composantes de la diversité, celles de l'origine ethnique et raciale ou de la religion.

B) Une vision de la diversité liée aux exigences légales du droit de la non-discrimination

90. **Diversité et lutte contre les discriminations.** Dans le discours commun, la notion de diversité est souvent confondue avec celle de lutte contre les discriminations : il nous paraît ainsi opportun de les distinguer dès le début de notre travail⁴¹⁷. Comme le signale le sociologue Olivier Masclet, « la lutte contre les discriminations raciales et la promotion de la diversité diffèrent en profondeur à la fois dans leurs objectifs et leur finalité »⁴¹⁸. En ce qui concerne la différence dans les objectifs, la notion de discrimination est encadrée juridiquement, avec des objectifs précis et des champs d'application déterminés. Or, la notion de diversité, dépourvue de définition juridique, manque de cadrage juridique. De surcroît, la notion de discrimination vise des pratiques et des mécanismes inégalitaires, tandis que la diversité s'intéresse aux populations susceptibles d'être victimes de telles pratiques et mécanismes. La finalité de ces deux notions diffère également. Les actions pour la lutte contre les discriminations s'intéressent à la détection et la sanction des pratiques reconnues comme discriminatoires selon les critères posés par la loi. Les actions pour la diversité ne relèvent pas d'une obligation légale mais expriment un « volontarisme » qui se traduit notamment par l'effort d'établir, dans une organisation donnée, une meilleure représentativité des différentes populations. Or, le sociologue Olivier Masclet met en avant le fait que l'existence d'une main d'œuvre diversifiée ne garantit pas une absence de pratiques discriminatoires et, à l'inverse, que son absence ne laisse pas nécessairement supposer l'existence de discriminations. Par conséquent, la corrélation entre les deux éléments n'est pas évidente. Toutefois, la promotion de la diversité est utilisée par les entreprises françaises comme un moyen d'anticipation et de défense de l'employeur face aux contentieux pour discrimination. Nous constatons que des entreprises comme Ikea ou Renault, ayant été traduites en justice pour discrimination, ont par la suite développé des actions de promotion de la diversité.

⁴¹⁷ En effet, bien que les deux notions soient bien distinctes, elles sont souvent promues comme étant interchangeables. Un exemple est celui du site officiel de la SNCF, qui se réfère à la signature de la Charte de la Diversité sous l'onglet « prévenir et lutter contre les discriminations », et non pas sous l'onglet « diversité ». Les deux onglets, accompagnés de ceux de « mixité », « seniors » et « handicap » font partie de l'onglet « Diversité et mixité ».

<https://www.sncf.com/fr/engagements/nos-valeurs/diveriste-mixite/prevenir-lutter-contre-discriminations>.

⁴¹⁸ Olivier Masclet, *op.cit.*, pp. 5-6.

91. **Le cadre juridique français.** Au niveau constitutionnel, le préambule de la Constitution de 1946 énonce que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », ainsi que « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances »⁴¹⁹. Ce texte érige en principe constitutionnel intangible le principe de non-discrimination au travail. La constitutionnalisation de la diversité a également fait l'objet de nombreuses discussions, notamment avec le rapport du comité Balladur, en 2007, et celui du comité de Simone Veil, en 2008. En 2007, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République s'était interrogé sur « la constitutionnalisation des principes de diversité du peuple, de parité entre les femmes et les hommes, de sécurité juridique et de dignité de la personne humaine »⁴²⁰, mais n'y a pas donné suite. Toutefois, a été retenue sa proposition pour la création d'une autorité administrative indépendante investie d'un statut constitutionnel, le Défenseur des droits⁴²¹. En 2008, le Président de la République, Nicolas Sarkozy, a exprimé son intention d'inscrire le respect de la diversité au sein du préambule de la Constitution et de « rendre possibles de véritables politiques d'immigration »⁴²². À ces fins, a été constitué le comité présidé par Simone Veil, qui a cependant écarté ces propositions et s'est opposé à toute modification visant à instaurer une politique de discrimination positive sur des fondements ethniques, étant « impossible d'élaborer un système de critères acceptables des origines, familiales ou plus généralement biographiques »⁴²³. Dans le cadre constitutionnel actuel, la différenciation positive n'est possible que sur des bases sociales et territoriales comme les réseaux d'éducation prioritaires ou REP (auparavant appelés zones d'éducation prioritaires ou ZEP)⁴²⁴. Par conséquent, la diversité n'est pas encore consacrée au niveau constitutionnel, mais, en matière législative, une évolution importante, quoique lente, s'est produite.

En ce qui concerne les lois contre les discriminations au travail, elles se sont développées progressivement depuis 1946 et l'abrogation des décrets prévoyant des abattements de salaire au détriment des femmes⁴²⁵. Nous pensons particulièrement aux caractéristiques

⁴¹⁹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, §3 et §5.

⁴²⁰ Vincent Tchen, « Fasc. 1440 : contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *JurisClasseur Administratif*, n°42 (date de la dernière mise à jour : 8 Juillet 2018).

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² « Réforme - Le président de la République expose ses projets », *La Semaine Juridique Social* n°3, 15 janvier 2008, act. 29.

⁴²³ Laetitia Van Eeckhout, « Diversité : M. Sarkozy contraint de contourner l'obstacle de la Constitution », *Le Monde*, 17 décembre 2008, et Vincent Tchen, *op.cit.*

⁴²⁴ « Diversité : les propositions du Comité Veil », 18 déc. 2008, <https://www.vie-publique.fr/actualite/alaune/diversite-propositions-du-comite-veil.html>.

⁴²⁵ Michel Miné produit un tableau chronologique complet du droit interne de la discrimination dans l'emploi et le travail dans son manuel. Michel Miné, *op.cit.*, pp. 24-26.

discriminatoires puisque dans la perception commune, embaucher des personnes présentant ces caractéristiques sert un double objectif pour les entreprises : démontrer une absence de pratiques discriminatoires ainsi qu'une promotion de la diversité au sein de l'entreprise⁴²⁶.

De nombreux textes législatifs consacrent l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment concernant l'égalité de rémunération : la loi du 22 décembre 1972⁴²⁷, la loi Roudy du 13 juillet 1983⁴²⁸ (transposant des directives européennes en la matière⁴²⁹), la loi Génisson du 9 mai 2001⁴³⁰, la loi du 26 mars 2006⁴³¹, la loi du 9 novembre 2010⁴³² et enfin la loi du 4 août 2014⁴³³ sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Des lois ont été également adoptées concernant la discrimination syndicale (loi du 27 avril 1956⁴³⁴), la discrimination raciale (loi du 1^{er} juillet 1972 sur le racisme et la discrimination raciale dans l'embauche⁴³⁵), l'emploi des travailleurs handicapés (loi Seguin du 10 juillet 1987⁴³⁶). Toutefois, le régime actuel de la non-discrimination a été construit à la suite de la transposition des directives européennes des années 2000 : la loi du 16 novembre 2001⁴³⁷ a transposé partiellement les directives 2000, avant que la loi du 11 février 2005 sur les salariés handicapés⁴³⁸ et la loi du 27 mai 2008⁴³⁹ ne transposent dans le droit interne les définitions des discriminations directes et indirectes contenues dans les directives.

Pour marquer cette évolution du droit français antidiscriminatoire, il suffit de comparer les différentes versions de l'ancien article L.122-45 du Code du travail, devenu L.1132-1 après la

⁴²⁶ Comme nous l'avons déjà expliqué, cela ne peut constituer qu'un indice. La présence d'une main d'œuvre diversifiée n'exclut pas l'existence de potentielles discriminations.

⁴²⁷ Loi n°72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

⁴²⁸ Loi n°83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁴²⁹ Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins et Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

⁴³⁰ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁴³¹ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

⁴³² Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

⁴³³ Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁴³⁴ Loi n°56-416 du 27 avril 1956 tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical.

⁴³⁵ Loi n°72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

⁴³⁶ Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

⁴³⁷ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

⁴³⁸ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁴³⁹ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

nouvelle numérotation de 2008. Ainsi, dans sa version originale, issue de la loi 4 août 1982⁴⁴⁰, l'article L.122-45 al.1^{er} était rédigé de la façon suivante : « Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses ». La loi du 25 juillet 1985⁴⁴¹ ajoute à cette liste « l'exercice normal du droit de grève » et la loi du 12 juillet 1990, « les mœurs » et « l'état de santé et le handicap ». Jusqu'en 1992, seules les situations de sanction et de licenciement sont concernées ; après la loi du 31 décembre 1992⁴⁴², le fait d'être écarté d'une procédure de recrutement est également visé par l'ancien article L.122-45.

92. La véritable évolution apparaît à la suite de la loi du 16 novembre 2001 transposant les directives 2000, qui transforme et complète la formule employée par l'article : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés. »

Le champ matériel de l'article s'étend considérablement pour couvrir tous les aspects de la vie professionnelle, du moment du recrutement à celui du licenciement, y compris, par suite de la loi du 23 mars 2006⁴⁴³, les mesures d'intéressement ou de distribution d'actions. De plus,

⁴⁴⁰ Loi n°82-689 du 4 août 1982 - art. 5.

⁴⁴¹ Loi n°85-772 du 25 juillet 1985, art. 109.

⁴⁴² Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992, art. 27.

⁴⁴³ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006, art. 2.

d'autres motifs s'ajoutent à la liste des caractéristiques discriminatoires : l'orientation sexuelle, l'apparence physique et le patronyme. La liste a continué à s'enrichir avec les lois suivantes, qui ont ajouté les caractéristiques génétiques⁴⁴⁴, la grossesse⁴⁴⁵, l'identité sexuelle et le lieu de résidence⁴⁴⁶, « la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur »⁴⁴⁷, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français⁴⁴⁸ et, enfin, la perte d'autonomie et la domiciliation bancaire⁴⁴⁹. Le 26 novembre 2020, un projet de loi⁴⁵⁰ a été adopté par l'Assemblée Nationale afin d'ajouter aux motifs discriminatoires le motif de glottophobie. Celui-ci qui désigne toute forme de discrimination fondée sur la langue ou l'accent, en considérant qu'il existe une forme de discrimination spécifique pour les locuteurs porteurs d'un accent local. La diversité constitue l'un des motifs principaux de cette proposition, qui vise à promouvoir « la diversité de la prononciation de la langue française en prohibant les discriminations par l'accent ». Est également évoqué le souci de la sous-représentation de la diversité des prononciations, notamment au sein des métiers et fonctions impliquant la prise de parole publique. Ce qui est particulièrement intéressant dans cette proposition est la mise en exergue des « minorités audibles », à côté des « minorités visibles ».

93. La diversité, un objectif particulier complétant les dispositions légales antidiscriminatoires. Dans ce cadre, le terme diversité s'intègre au vocabulaire du législateur, la loi de 2006 pour l'égalité des chances⁴⁵¹ faisant référence, dans son article 20, à la promotion de la diversité comme l'objectif poursuivi par le gouvernement en concertation avec les partenaires sociaux. Depuis, le législateur se réfère à nouveau à la diversité plusieurs fois : dans le cadre de la démarche de gestion prévisionnelle, la promotion de la diversité fait partie de ses motifs⁴⁵², et concernant les accords et plans d'action sur la gestion des âges, figure en tant

⁴⁴⁴ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 4.

⁴⁴⁵ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006, art. 2.

⁴⁴⁶ Loi n°2014-173 du 21 février 2014, art. 15.

⁴⁴⁷ Loi n°2016-832 du 24 juin 2016, art. unique.

⁴⁴⁸ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 86.

⁴⁴⁹ Loi n°2017-256 du 28 février 2017, art. 70.

⁴⁵⁰ Proposition de loi du 3 décembre 2019 visant à promouvoir la France des accents, n°2473.

⁴⁵¹ Loi n°2006-396 du 31 mars 2006.

⁴⁵² Article D. 5121-8 C.tr. (Décret n°2008-244 du 7 mars 2008) : « L'entreprise précise dans sa demande, adressée à l'autorité administrative compétente, les motifs de sa démarche de gestion prévisionnelle au regard, notamment : 1°) De son organisation du travail ; 2°) De l'évolution des compétences des salariés et du maintien de leur emploi ; 3°) De sa gestion des âges ; 4°) Du développement du dialogue social ; 5°) De la prise en compte du principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; 6°) Des perspectives d'amélioration de l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale de ses salariés ; 7°) De la promotion de la diversité. »

qu'objectif « l'organisation de la diversité des âges au sein des équipes de travail »⁴⁵³. De même, concernant les centres de formation d'apprentis, leur mission est « de favoriser, au-delà de l'égalité entre les femmes et les hommes, la diversité au sein de leurs structures en sensibilisant les formateurs, les maîtres d'apprentissage et les apprentis à l'égalité des chances et à la lutte contre toutes formes de discriminations et en menant une politique d'orientation et de promotion des formations qui mette en avant les avantages de la diversité »⁴⁵⁴.

Est également intéressante l'évolution législative de l'outil du CV anonyme, outil lié par excellence à la transparence du processus de recrutement et à la promotion de diversité. Créé par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, l'article L.121-6-1 (devenu L.1221-7) dans le Code du travail, relatif au CV anonyme, garantit, pour les entreprises d'au moins 50 salariés, un examen des candidatures à l'emploi dans des conditions préservant leur anonymat. Cela consiste à ne pas mentionner les nom, prénom, adresse, y compris électronique, sexe, âge ou date de naissance, lieu de naissance, nationalité, situation de famille et photo du candidat. Le CV anonyme constitue une méthode concrète de lutte contre les discriminations à l'embauche ainsi qu'un moyen de promotion de la diversité. Toutefois, l'entrée en vigueur de cet article était subordonnée à la publication d'un décret du Conseil d'État. Le 17 décembre 2008, deux ans après l'adoption de la loi, et en l'absence d'un décret d'application, le président de la République a émis le souhait que l'expérimentation en la matière se poursuive par la mise en place du CV anonyme dans une centaine de grandes entreprises. En mai 2015, un rapport comportant treize mesures pour combattre les discriminations est publié par le gouvernement⁴⁵⁵, annonçant l'abrogation de l'article L.1221-7, une abrogation qui se réalise par la loi Rebsamen⁴⁵⁶ quelques mois plus tard. Le nouvel article L.1221-7 du Code du travail ne prévoit désormais qu'une utilisation facultative de cet instrument. Le rapport promeut également le « testing » et « l'autotesting » comme des moyens alternatifs d'identification et de lutte contre les discriminations à l'embauche⁴⁵⁷. Le testing est un outil pratique pour mesurer la discrimination à l'embauche. La méthode consiste à élaborer deux CV identiques, à l'exception de la caractéristique que l'on souhaite tester comme source possible de discrimination ; par la suite, les deux CV sont envoyés aux entreprises ; enfin, pour mesurer la discrimination, on compare le taux de succès des candidats qui n'ont pas la caractéristique testée

⁴⁵³ Article R. 5121-28 C.tr. créé par le Décret n°2013-222 du 15 mars 2013 et abrogé par le Décret n°2017-1646 du 30 novembre 2017.

⁴⁵⁴ Article L.6231-2 C.tr., modifié par la Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 - art. 24 (V).

⁴⁵⁵ Anne Portmann, « Treize Mesures Pour Lutter Contre Les Discriminations Au Travail », *D. act.*, 20 mai 2015.

⁴⁵⁶ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁴⁵⁷ Anne Portmann, *op.cit.*

au taux de ceux auxquels on l'a attribuée⁴⁵⁸. La pratique du CV anonyme par les entreprises a révélé les faiblesses de cet instrument, qui continue à s'appliquer de façon volontaire ; en effet, même si l'anonymat des candidats permette la non-discrimination durant la phase de présélection, au moment des entretiens, cette protection disparaît en l'absence d'accompagnement personnalisé⁴⁵⁹.

94. Il convient de préciser que l'on trouve aussi des références à la diversité en dehors du milieu du droit du travail stricto sensu. Malgré le débat sur la diversité et les avantages attachés à la performance, les législateurs français et européen semblent bien insister sur la valeur d'une équipe diversifiée, notamment dans le cadre d'une équipe dirigeante. Les exemples sont nombreux et ne se limitent pas au Code du travail. Par exemple, dans le domaine de la santé publique, tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevées par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux, réunissant des conférences de citoyens choisis de manière à représenter la société dans sa diversité⁴⁶⁰. Concernant le domaine de l'éducation, les programmes scolaires comportent, à tous les stades de la scolarité, des enseignements destinés à faire connaître la diversité et la richesse des cultures représentées en France⁴⁶¹, la diversité linguistique est mise en valeur⁴⁶² et les dispositifs d'accompagnement pédagogique et des parcours de formation personnalisés sont appelés à tenir compte de la diversité et des spécificités des publics étudiants accueillis⁴⁶³. Dans le cadre du travail social, la « diversité des personnes » bénéficiant d'un accompagnement social est prise en considération⁴⁶⁴ et dans la fonction publique, existe une allocation pour la diversité, destinée

⁴⁵⁸Clémence Berson « Testing : la difficulté de l'interprétation de la discrimination à l'embauche », *Travail et emploi* 2013/3, n°135, pp. 22-40.

⁴⁵⁹ Sabrina Lavric, « CV anonyme : poursuite de l'expérimentation, Rép. min. n°29584, JOAN Q 16 juin 2009 », *D. act.*, 25 juin 2009.

⁴⁶⁰ Articles L.1412-1-1 et L.1412-3-1 du Code de la santé publique.

⁴⁶¹ Article L.311-4 du Code de l'éducation : « Les programmes scolaires comportent, à tous les stades de la scolarité, des enseignements destinés à faire connaître la diversité et la richesse des cultures représentées en France. L'école, notamment grâce à un enseignement moral et civique, fait acquérir aux élèves le respect de la personne, de ses origines et de ses différences, de l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi que de la laïcité. »

⁴⁶² Article L.312-9-2 du Code de l'éducation.

⁴⁶³ Article L.612-3 du Code de l'éducation, modifié par Loi n°2018-166 du 8 mars 2018, art. 1.

⁴⁶⁴ Article D.142-1-1 du Code de l'action sociale et des familles, créé par Décret n°2017-877 du 6 mai 2017, art. 1 : « Le travail social vise à permettre l'accès des personnes à l'ensemble des droits fondamentaux, à faciliter leur inclusion sociale et à exercer une pleine citoyenneté. Dans un but d'émancipation, d'accès à l'autonomie, de protection et de participation des personnes, le travail social contribue à promouvoir, par des approches individuelles et collectives, le changement social, le développement social et la cohésion de la société. Il participe au développement des capacités des personnes à agir pour elles-mêmes et dans leur environnement. [...] Il se fonde sur la relation entre le professionnel du travail social et la personne accompagnée, dans le respect de la dignité de cette dernière. Le travail social s'exerce dans le cadre des principes de solidarité, de justice sociale et prend en considération la diversité des personnes bénéficiant d'un accompagnement social. »

à soutenir financièrement les candidats les plus méritants à préparer certains concours de la fonction publique.

L'importance de la promotion de la diversité se vérifie également dans l'article L421-7-4 du Code monétaire et financier⁴⁶⁵ qui, depuis 2016, prévoit que les entreprises de marché et leur comité des nominations font appel à un large éventail de qualités et de compétences lors du recrutement des dirigeants et des membres du conseil d'administration et, à cet effet, mettent en place une politique favorisant la diversité au sein des organes sociaux constitués par ces personnes. En 2017, une disposition similaire est intégrée au Code de commerce en ce qui concerne les membres du conseil d'administration des sociétés anonymes⁴⁶⁶ : « Lorsque le total de bilan, le chiffre d'affaires ou le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État, une description de la politique de diversité appliquée aux membres du conseil d'administration au regard de critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications et l'expérience professionnelle, ainsi qu'une description des objectifs de cette politique, de ses modalités de mise en œuvre et des résultats obtenus au cours de l'exercice écoulé. Cette description est complétée par des informations sur la manière dont la société recherche une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein du comité mis en place, le cas échéant, par la direction générale en vue de l'assister régulièrement dans l'exercice de ses missions générales et sur les résultats en matière de mixité dans les 10 % de postes à plus forte responsabilité. Si la société n'applique pas une telle politique, le rapport comprend une explication des raisons le justifiant. »⁴⁶⁷

Le Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées publié par l'AFEP et le MEDEF⁴⁶⁸ ainsi que le guide de son application⁴⁶⁹ apportent davantage de précisions sur les obligations de ces sociétés par rapport à la composition de leur conseil d'administration : ils recommandent que le conseil d'administration rende publique dans son rapport la politique de mixité et de diversité appliquée aux instances dirigeantes, les objectifs de cette politique et les résultats obtenus au cours de l'exercice écoulé. En ce qui concerne plus précisément la mixité femmes-

⁴⁶⁵ Art. L.421-7-4 du Code monétaire et financier, créé par l'ordonnance n°2016-827 du 23 juin 2016, art. 4.

⁴⁶⁶ Selon l'art. R.225-104 C.com. Sont concernées plus précisément les sociétés dépassant deux des seuils suivants : 20 millions d'euros pour le total du bilan, 40 millions d'euros pour le total du chiffre d'affaires net et 250 salariés.

⁴⁶⁷ Art. L. 225-37-4 C.com. La référence à la diversité est ajoutée à l'article par l'ordonnance du 19 juillet 2017.

⁴⁶⁸ AFEP-MEDEF, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, actualisé en janvier 2020, v. notamment p. 3, p. 7, p. 33.

⁴⁶⁹ Haut Comité de gouvernement d'entreprise, *Guide d'application du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de janvier 2020*, mars 2020, v. notamment p. 5 et p. 19.

hommes, ils recommandent aux sociétés de publier leurs objectifs dans les plus brefs délais, et au plus tard le 30 juin 2021. En outre, chaque conseil d'administration doit s'interroger sur « l'équilibre souhaitable de sa composition et de celle des comités qu'il constitue en son sein », notamment en termes de diversité, en prenant en compte les critères de représentation des femmes et des hommes, de nationalités, d'âge et de qualifications et expériences professionnelles.

Enfin, l'entreprise est tenue d'inclure, dans la déclaration de performance extra-financière, « ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées »⁴⁷⁰.

Dans le domaine de la propriété intellectuelle, les organismes agréés pour la gestion collective du droit d'autoriser l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle sont tenus d'apporter la preuve « par la composition de ses organes délibérants et dirigeants, de la diversité de ses membres à raison des catégories et du nombre des ayants droit »⁴⁷¹. La même exigence se retrouve à plusieurs reprises au sein du Code de la propriété intellectuelle, l'agrément des organismes de gestion collective étant délivré en considération, parmi autres critères, de la diversité des membres⁴⁷².

Le droit français, notamment sous les influences européennes, a tenté d'incorporer, directement ou indirectement, la diversité dans son cadre juridique. Toutefois, pour certains, l'encadrement juridique de la diversité n'est pas un prérequis. Au contraire, la diversité semble trouver sa pleine effectivité dans des instruments non-contraignants du droit souple.

⁴⁷⁰ Art. L.225-102-1 du C.com. La référence à la diversité a été introduite par la loi du 16 juin 2011.

⁴⁷¹ Art. R.326-1 du Code de la propriété intellectuelle, créé par le décret n°2017-924 du 6 mai 2017, art. 4.

⁴⁷² V. les articles L.123-7, L.133-2, L.122-12, L.136-3, L.134-3, L.311-6 et R.122-7 du Code de la propriété intellectuelle.

Section 2. Les partenaires sociaux dans les démarches RSE en matière de diversité

95. La RSE est la traduction de l'acronyme anglo-saxon CSR (*corporate social responsibility*), qui désigne « la responsabilité sociale de l'entreprise »⁴⁷³. Une définition très complète est fournie par la Commission européenne, qui définit la RSE dans son Livre vert comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »⁴⁷⁴. Elle explique que « être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir « davantage » dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes [...] L'application de normes sociales dépassant les obligations juridiques fondamentales, par exemple dans le domaine de la formation, des conditions de travail ou des relations entre la direction et le personnel, peut également avoir des retombées directes sur la productivité. C'est ainsi que s'ouvre une voie permettant de gérer le changement et de concilier le développement social et une compétitivité accrue »⁴⁷⁵.

96. La RSE fait partie de ce qu'on appelle le *soft law*. La notion de *soft law*, transposée en français par les notions de droit souple, droit mou ou encore droit doux, regroupe les normes de conduite qui, en principe, n'ont pas d'effets juridiques contraignants mais qui peuvent cependant avoir une portée normative et, par conséquent, relever de la sphère juridique⁴⁷⁶. Ce concept génère des contradictions pour le juriste : d'un côté, on essaie de l'incorporer dans l'ordre juridique et, de l'autre, son insertion dans le droit positif conduirait à l'élimination du caractère *soft* et, par conséquent, de sa raison d'être⁴⁷⁷. Toutefois, la distinction *soft law- hard law* est considérée par certains auteurs comme « trop pauvre pour rendre justice à toute la

⁴⁷³ L'expression « responsabilité sociétale » se retrouve également à l'art. L.225-102-1 C.com. Elle a été introduite par la loi Grenelle II.

Cathérine Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Issy-les Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 26-27.

Toutefois, l'article L.225-102-1 ne fait plus référence à la « responsabilité sociétale » depuis l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 et l'expression « responsabilité sociale » est beaucoup plus répandue, puisqu'il s'agit de l'expression retenue par l'Union Européenne.

⁴⁷⁴ Commission Européenne, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, /* COM/2001/0366 final */ , §20.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, §21.

⁴⁷⁶ Emmanuelle Mazuyer, « Soft Law », In *Dictionnaire critique de la RSE*, Nicolas Postel, Richard Sobel (dirs.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 419-423.

⁴⁷⁷ Antoine Bailleux, « Le soft law et les deux droits », in *Les sources du droit revisitées, Théories des sources du droit (vol.4)*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, p. 505.

gamme de l'intensité normative »⁴⁷⁸. En effet, le *soft law*⁴⁷⁹ est saisi par le droit à plusieurs occasions. Les Professeurs Antoine Baillaux et Isabelle Hachez distinguent trois catégories où le *soft law* s'entremêle avec le droit normatif : il s'agit du *soft law intralégislatif*, qui désigne « des énoncés non normatifs contenus dans des instruments juridiques formellement valides », tels que le préambule d'une loi, du *soft law paralégislatif*, qui désigne « du droit qui se développe en marge de l'ordre juridique de référence » et qui offre « un modèle formellement non contraignant » tels qu'une charte interne d'une entreprise et, enfin, du *soft law périlégislatif*, qui désigne des instruments non contraignants qui « se déploient dans l'environnement du droit positif en vigueur », tels que des incitations non normatives de la part de l'UE à l'égard des États membres, comme le Livre vert cité ci-dessus)⁴⁸⁰. Il convient de préciser, dans cette catégorisation, que le *soft law* paralégislatif est d'origine privée, tandis que le *soft law* périlégislatif est d'origine étatique⁴⁸¹.

La notion de *soft law* puise ses origines dans le droit international public et est beaucoup utilisée par l'Union européenne dans le cadre d'une « régulation douce », qui vise à guider les actions des États sans toutefois leur imposer une harmonisation des leurs législations. À côté de ces normes publiques, des normes privées ont commencé à être élaborées, notamment par les entreprises transnationales avec la participation des partenaires sociaux et l'apparition des premiers codes de conduite⁴⁸² en France, dans les années 1970. Cette initiative privée a été promue par l'UE dans le cadre de l'autorégulation, notion selon laquelle « la possibilité pour

⁴⁷⁸ Antoine Baillaux, *op.cit.*, p. 528.

⁴⁷⁹ Il existe bien un débat sur l'article approprié, féminin ou masculin, pour le concept de *soft law*. Le terme « law » pouvant être traduit comme « le droit » mais également comme « la loi », l'utilisation de l'article féminin ou masculin devrait découler de la signification que l'auteur entend conférer au terme. Par conséquent, les deux articles peuvent être corrects.

Isabelle Hachez, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », in *Les sources du droit revisitées, Théories des sources du droit (vol.4)*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Bruxelles, Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, pp. 539-540.

⁴⁸⁰ Antoine Baillaux, *op.cit.*, p. 529-530.

Isabelle Hachez, *op.cit.*, p. 542, p. 547 et p. 550.

⁴⁸¹ Stéphane Gerry-Vernières, « Les petites sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », in *Les sources du droit revisitées, Théories des sources du droit (vol.4)*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, p. 589.

⁴⁸² Les codes de conduite désignent « un ensemble conventionnel de principes et d'attentes, qui sont considérés comme liant toute personne membre d'un groupe particulier ». Ils sont constitués des « règles éthiques ou engagements moraux souvent présentés comme non obligatoires, au sens de juridiquement exigibles ou assortis de sanctions ».

Benoît Frydman, Gregory Lewkowicz, « Les codes de conduite source du droit global ? », in *Les sources du droit revisitées, Volume 3 : Normativités concurrentes*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Bruxelles, Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, pp. 181-182.

les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels) »⁴⁸³. Dans une communication de la Commission de 2004 visant à renforcer la contribution du dialogue social européen⁴⁸⁴, le rôle des partenaires sociaux européens occupe une place centrale. À travers leur action en matière de dialogue social et le partenariat renforcé entre les partenaires sociaux européens et nationaux, les engagements et recommandations pris au niveau européen sont transposés et appliqués au niveau interne.

Dans ce cadre plus flexible de *soft law*, la diversité trouve son plein essor. Comme la RSE pousse les entreprises à aller au-delà de leurs obligations légales, notamment en matière sociale et écologique, la diversité promue vise quant à elle à aller au-delà de ce que la loi prévoit en matière de lutte contre les discriminations et d'égalité de traitement. Dans le cadre de l'implémentation de la diversité au travail, le rôle des partenaires sociaux nous paraît d'une importance cruciale. Leur rôle, en ces différentes facettes, contribue à l'essor de la RSE en matière de diversité et est consacré par les instruments eux-mêmes (paragraphe 1). Plus encore, l'intervention des partenaires sociaux semble légitimer ces instruments et leur attribuer un statut juridique (comme c'est le cas avec les accords collectifs sur la RSE). Par conséquent, les partenaires sociaux créent des liens entre deux notions a priori considérées incompatibles : le droit du travail et la RSE (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le rôle de partenaires sociaux dans l'essor progressif de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) en matière de diversité

97. En tant que démarche volontaire de RSE, il revient aux partenaires sociaux, très souvent du côté patronal mais également du côté des salariés, de prendre l'initiative de sa mise en place et de contrôler son application. Il convient sur ce point d'opérer une distinction entre la régulation externe de l'entreprise et la régulation interne, provenant de l'entreprise elle-même⁴⁸⁵. La régulation externe se réfère à l'élaboration des instruments RSE au niveau

⁴⁸³ Emmanuelle Mazuyer, *op.cit.*, p. 419-423.

⁴⁸⁴ Commission des communautés européennes, *Communication de la Commission : Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen*, Bruxelles, le 12.8.2004 COM (2004) 557 final, p. 6.

⁴⁸⁵ René de Quenaudon, « Droit du travail », In *Dictionnaire critique de la RSE*, Nicolas Postel and Richard Sobel (dirs.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 121-125.

national, européen ou international et la régulation interne, à l'implémentation de ces instruments au niveau interne à l'entreprise, ce qui peut se traduire par l'adoption de la Charte de la Diversité ou l'obtention du Label. Dans les deux cas, l'intervention des partenaires sociaux est importante et peut varier : un rôle initiateur, une participation à l'élaboration de l'instrument ou un rôle de contrôle de son implémentation. Ce lien entre les partenaires sociaux et la RSE en matière de diversité est promu par les textes européens et internationaux (A) et consacré par les instruments RSE développés par le droit national (B).

A) Un lien entre les partenaires sociaux et la RSE en matière de diversité promu par les textes européens et internationaux

98. La RSE est beaucoup promue par les codes de conduite émanant des organismes internationaux. Ces codes répondent à un besoin de moralisation de l'activité des multinationales, les législations nationales pouvant se révéler insuffisantes face au pouvoir de certaines multinationales et constituant un ensemble de principes et de règles se rapportant au comportement de certains agents internationaux et incorporés en un seul acte ou instrument juridique adopté par des États⁴⁸⁶. Concernant leur nature juridique, en principe, les codes de conduite pour les entreprises internationales n'ont pas de caractère contraignant, cependant, lorsque l'État a participé à l'élaboration du code, il lui appartient de faire connaître la forme juridique qu'il empruntera et de lui assurer son soutien. La force contraignante peut ne pas être juridique, elle peut provenir « de la seule persuasion morale assise sur l'autorité des organisations internationales et sur la pression d'opinion publique »⁴⁸⁷. Nous avons remarqué que dans différents codes de conduite internationaux et européens, il existe un lien fort entre la RSE en matière de diversité et l'implication des partenaires sociaux.

99. **Un lien promu par la Commission européenne.** Quand on se réfère à la RSE au niveau européen, il faut mentionner le fameux Livre vert de 2001 de la Commission européenne, texte visant à « promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises ». La diversité fait partie des mesures RSE mises en avant par la Commission : en présentant le défi

⁴⁸⁶ Nadège Caussé, *La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français : contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 94.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, pp. 97-98.

majeur des entreprises qu'est le besoin d'attirer et de conserver les travailleurs qualifiés, la diversité des ressources humaines figure parmi les mesures pour y parvenir⁴⁸⁸.

Concernant le lien entre les partenaires sociaux et la RSE, le Livre vert ne contient pas de référence directe aux partenaires sociaux. Toutefois, la Commission se réfère aux « parties prenantes » sans définir le terme mais en l'associant avec les « salariés, actionnaires, investisseurs, consommateurs, pouvoirs publics et ONG »⁴⁸⁹ (§1). En outre, il existe de multiples et importantes références au dialogue social et aux représentants du personnel⁴⁹⁰. Selon la Commission européenne, la mise en place de la RSE requiert « une réflexion innovante et, par conséquent, de nouvelles qualifications et une participation plus étroite du personnel et de ses représentant, dans un dialogue bilatéral permettant de structurer les retours d'information et les ajustements. Le dialogue social avec les représentants du personnel, qui constitue le principal mécanisme définissant les relations entre l'entreprise et ses salariés, joue donc un rôle crucial dans le cadre plus vaste de l'adoption de pratiques socialement responsables » (§74). Les salariés sont des interlocuteurs majeurs pour l'entreprise par le biais de leurs représentants.

En 2007, le Parlement adopte une résolution qui soutient les actions de la Commission en matière de RSE⁴⁹¹ et consacre le rôle des partenaires sociaux en reconnaissant l'importance du dialogue social pour la promotion et l'élaboration des initiatives RSE⁴⁹².

La Commission européenne a abordé à de multiples reprises la thématique RSE et, dix ans après la publication du Livre vert, est intervenue la Communication de 2011 intitulée « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 »⁴⁹³. Cette communication dresse un bilan depuis le Livre vert et énonce les nouveaux objectifs en matière de RSE. Elle met l'accent sur le double avantage que représente la RSE : selon la Commission, il s'agit d'une démarche profitable pour l'entreprise sur le plan de la

⁴⁸⁸ Commission Européenne, Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, /* COM/2001/0366 final */ , §28.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, §1.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, §74 et &75.

⁴⁹¹ Résolution du Parlement européen du 13 mars 2007 sur la responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat (2006/2133(INI)).

⁴⁹² §12 « [Le Parlement] estime que le dialogue social a constitué un moyen efficace pour la promotion des initiatives en matière de RSE et que les comités d'entreprise européens ont joué un rôle constructif dans la mise en place des meilleures pratiques en matière de RSE ».

⁴⁹³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européenne et au Comité des régions, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, /* COM/2011/0681 final */.

compétitivité, de la gestion des risques, de la réduction des coûts, de l'accès au capital, des relations avec la clientèle, de la gestion des ressources humaines et de la capacité d'innovation (article1.1). Parallèlement, il s'agit d'une démarche qui s'inscrit dans l'intérêt de la société dans son ensemble, en contribuant à l'objectif d'une croissance intelligente, durable et inclusive (article1.2). Une nouvelle définition qui responsabilise davantage les entreprises est formulée : la RSE est « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société » et un lien étroit avec le droit est promu : le respect de la législation en vigueur et des conventions collectives conclues entre partenaires sociaux constitue un préalable pour les entreprises qui veulent initier des démarches en RSE (article3.1). La diversité est énoncée comme faisant partie des multiples facettes de la RSE promue et s'intègre dans la catégorie des pratiques en matière de travail et d'emploi. Celle-ci inclut notamment « la formation, la diversité, l'égalité entre les femmes et les hommes, et la santé et le bien-être des salariés » (article3.3).

Quant au lien avec les « parties prenantes » et notamment les partenaires sociaux, celui-ci doit être renforcé, dans la mesure où « les syndicats et les organisations de la société civile recensent les problèmes, exercent des pressions en faveur d'améliorations et peuvent œuvrer dans un esprit constructif avec les entreprises pour élaborer ensemble des solutions » (article3.4). Le dialogue social est également mis en avant en considérant que, depuis 2001, il s'est produit un progrès significatif qui, selon la Commission, est dû à la négociation et à l'adoption d'accords collectifs, notamment transnationaux (article3.6). Selon certains, avec cette Communication, « l'UE a repris l'initiative qu'elle avait perdue en matière de RSE en mettant l'accent sur deux caractéristiques essentielles, la relation de subordination au droit, et le rôle original du dialogue social et en inscrivant son action sur l'échiquier mondial »⁴⁹⁴. Il convient également de remarquer que dans ces textes, l'on retrouve des références à des organismes internationaux qui ont une présence forte en matière de RSE et promeuvent, dans ce cadre, la diversité. Les textes les plus importants sont les principes de l'OCDE et la norme ISO 26000, qui semblent avoir influencé l'UE sur ce point⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Isabelle Daugareilh, « Union Européenne », In *Dictionnaire critique de la RSE*, Nicolas Postel and Richard Sobel (dirs.), Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 471-474.

⁴⁹⁵ La communication de la Commission de 2011 se réfère à plusieurs reprises à la norme ISO 26000 et aux principes de l'OCDE, en incitant les entreprises à privilégier leur utilisation puisqu'ils constituent des lignes directrices internationalement reconnues (art.3.2 et 4.8.1).

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européenne et au Comité des régions, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, /* COM/2011/0681 final *.

100. **Actions RSE-soft law de promotion de la diversité au travail.** En ce qui concerne plus particulièrement la diversité en droit du travail, la Commission européenne a publié une série des documents sur la diversité, dans le but de promouvoir cette dernière et fournir aux entreprises les éléments nécessaires pour la mettre en œuvre. Ces documents entrent dans la logique de soft law et constituent notamment des lignes directrices et des démonstrations des bonnes pratiques, dans l'objectif d'inciter les entreprises à mettre en place des politiques pour la diversité au travail. Dans le cadre du programme d'action européenne de lutte contre la discrimination (2001-2006), la Commission européenne a publié en 2005 un document intitulé « le cas commercial en faveur de la diversité : bonnes pratiques sur le lieu de travail », qui met l'accent sur la méthodologie, les avantages, les défis, et les bonnes pratiques de diversité⁴⁹⁶. En suivant ce chemin, elle a publié en 2009 un guide à destination des PME qui souhaitent s'engager en matière de diversité⁴⁹⁷. Ce document permet aux dirigeants de petites entreprises d'aborder la question de la diversité au travail, à travers une série de conseils qui traitent les différents aspects de la diversité en entreprise, tels que le recrutement auprès d'un vivier de talents plus diversifié, la conquête d'une clientèle diversifiée et l'amélioration de l'image de l'entreprise à travers les politiques de diversité. En outre, un document publié en 2008, intitulé « continuer dans la voie de la diversité : les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise », sert à promouvoir davantage la diversité au sein de l'entreprise. Ce rapport énumère les effets positifs de la diversité en matière d'innovation et de productivité, et présente une série d'outils pour une démarche de diversité réussie⁴⁹⁸.

À ces actions, il faut ajouter le *High Level Group on Non-Discrimination, Equality and Diversity*, un groupe d'experts de la Commission dont la mission est d'accompagner le développement et la mise en œuvre des politiques et des programmes pour la lutte contre les discriminations, la promotion de l'égalité, et la diversité au niveau de l'UE et au niveau national⁴⁹⁹. Ce groupe vise notamment à améliorer la coopération entre les États membres et leurs autorités compétentes sur les questions relatives à la diversité et l'élimination des discriminations, par le biais d'échanges d'expériences et de bonnes pratiques en ces matières.

⁴⁹⁶Commission européenne, *Le cas commercial en faveur de la diversité : bonnes pratiques sur le lieu de travail*, 2009.

⁴⁹⁷ Commission européenne, *La diversité au travail. Guide à l'intention des PME*, 2009.

⁴⁹⁸ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Continuer dans la voie de la diversité : les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, octobre 2008-publié en mai 2009.

⁴⁹⁹ Ce groupe d'experts fait partie du registre d'experts de la Commission depuis le 7 mai 2015. Registres des groupes d'experts de la Commission, *High Level Group on Non-Discrimination, Equality and Diversity (E03328)*, <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3328&Lang=FR>.

L'objectif de diversité apparaît également dans d'autres communications, dont l'objectif n'est pas la promotion de la diversité, ce qui démontre encore une fois la nature transversale de la notion. Par exemple, en 2017, la Commission a publié des lignes directrices sur l'information non financière⁵⁰⁰, faisant suite aux directives 2014/95/UE et 2013/34/UE analysées ci-dessus. L'objectif de ces lignes directrices est « d'aider les sociétés à communiquer des informations non financières en matière environnementale, sociale et de gouvernance » et dans ce but, la Commission clarifie ce qui est attendu par les entreprises en matière de diversité. Ainsi, concernant la publication des informations non financières, et l'obligation issue de la directive 2014/95/UE visant à inclure les questions de diversité, la Commission précise que par « diversité », on laisse entendre « la diversité de genre et l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (incluant l'âge, le genre, l'orientation sexuelle, la religion, le handicap, l'origine ethnique et d'autres aspects pertinents) » (§4.6 b.). De plus, le §6 de ces lignes directrices est entièrement dédié à la diversité du conseil d'administration : les grandes sociétés cotées en bourse sont encouragées à décrire leur politique de diversité pour le conseil d'administration, qui fait partie de la déclaration sur le gouvernement d'entreprise. Les lignes directrices offrent des précisions sur la description de la politique de diversité. Celle-ci doit inclure « les critères de diversité appliqués et expliquer les raisons pour lesquelles ils ont été retenus. » Pour déterminer ces critères, la Commission incite les entreprises à examiner leurs activités et nature, ainsi que le contexte social et environnemental dans lequel la société évolue afin d'évaluer « les profils nécessaires à une diversité optimale du conseil d'administration ».

Les lignes directrices nous offrent encore une précision quant aux aspects de la diversité attendus : « Les aspects concernant la diversité devraient, de manière générale, couvrir l'âge, le genre, la formation scolaire ou l'expérience professionnelle. Lorsque cela est nécessaire en raison de la situation géographique de la société et du secteur dans lequel elle exerce ses activités, il est également indiqué de tenir compte de l'origine géographique, de l'expérience à l'international, de l'expérience sur des questions pertinentes de développement durable, de la représentation des salariés et d'autres aspects, par exemple l'origine socio-économique. » Pour la Commission, l'objectif de la diversité, au sein des conseils d'administration, n'est pas abstrait. Au contraire, chaque aspect de la diversité invoqué doit être accompagné d'objectifs mesurables, dans l'idéal quantitatifs, et des délais précis pour atteindre ces objectifs sont

⁵⁰⁰Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'information non financière* (méthodologie pour la communication d'informations non financières), 2017/C 215/01.

conseillés. Ces actions seront évaluées et suivies à travers des résultats enregistrés et des états d'avancement démontrant le progrès concret de la société en matière de diversité.

Enfin, il convient de mentionner l'initiative citoyenne européenne⁵⁰¹ intitulée « Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe » présentée à la Commission en juillet 2013. Cette initiative s'intéresse notamment au renforcement de la diversité culturelle et linguistique dans l'UE et met l'accent sur la protection des personnes appartenant à des minorités nationales et linguistiques. Cette proposition a été rejetée par la Commission⁵⁰², qui a considéré que la série de propositions présentées n'entre pas dans son champ de compétence, décision annulée par le Tribunal de l'UE en 2017⁵⁰³, lequel estime que la Commission devrait préciser quelles propositions de l'initiative n'entraient pas dans son champ de compétences. À la suite de la décision du Tribunal, la Commission a accepté d'enregistrer la majorité des propositions de l'initiative en avril 2017, ce qui a lancé la période de douze mois au cours de laquelle les signatures de soutien seront collectées par ses organisateurs⁵⁰⁴. La collecte des signatures a été clôturée en avril 2018⁵⁰⁵.

101. Un lien promu par l'OCDE. Au niveau international, nous pouvons nous référer aux principes directeurs de l'OCDE. Ces principes constituent des « recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales exerçant leurs activités dans les pays adhérents ou à partir de ces derniers. Ils contiennent des principes et des normes non contraignants destinés à favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement admises. Les Principes directeurs constituent, en matière de conduite

⁵⁰¹ L'initiative citoyenne européenne est un instrument de démocratie participative qui permet aux citoyens de proposer des changements juridiques concrets dans n'importe quel domaine dans lequel la Commission européenne est habilitée à présenter des propositions législatives. Les procédures et conditions requises pour lancer une initiative citoyenne européenne sont établies par le règlement n°211/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne (JO L 65 du 11.3.2011, p. 1). V. aussi la présentation sur le site officiel de la Commission <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/basic-facts>.

⁵⁰² Décision C(2013) 5969 final de la Commission, du 13 septembre 2013.

⁵⁰³ Tribunal de l'UE du 3 février 2017, *Minority SafePack one million signatures for diversity in Europe/Commission*, Affaire T-646/13, (2017/C 086/31). V. aussi Tribunal de l'UE, Communiqué de presse n°10/17, *Le Tribunal annule la décision de la Commission refusant d'enregistrer la proposition d'initiative citoyenne européenne intitulée « Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe »*, Luxembourg, 3 février 2017, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170010fr.pdf>.

⁵⁰⁴ Commission européenne, Communiqué de presse, *La Commission enregistre l'initiative citoyenne européenne «Minority SafePack»*, Bruxelles, 29 mars 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-776_fr.htm.

⁵⁰⁵ Concernant l'état d'avancement de l'initiative voir le registre officiel de l'initiative citoyenne européenne sur le site officiel de la Commission : <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open/details/2017/000004>.

responsable des entreprises, le seul code exhaustif convenu à l'échelon multilatéral que les gouvernements se sont engagés à promouvoir »⁵⁰⁶. Bien que la diversité ne soit pas directement mentionnée en soi dans les principes, nous retrouvons toutes les notions clés auxquelles la diversité est liée : l'égalité de traitement, l'égalité de chances et la lutte contre les discriminations⁵⁰⁷, ainsi qu'une référence à la Recommandation 195 de l'OIT sur la mise en valeur des ressources humaines, selon laquelle les entreprises sont également encouragées à investir, dans toute la mesure du possible, dans l'éducation et la formation tout au long de la vie, tout en garantissant l'égalité des chances dans l'éducation pour les femmes et d'autres catégories vulnérables, telles que les jeunes, les personnes peu qualifiées, les personnes handicapées, les migrants, les travailleurs âgés et les populations autochtones⁵⁰⁸.

Il convient de préciser que bien qu'il s'agisse de normes volontaires de conduite responsable des entreprises, il en découle des obligations bien concrètes pour les États adhérant à ces principes, qui s'engagent à assurer leur mise en œuvre, à travers notamment la création des Points de contact nationaux (PCN)⁵⁰⁹. C'est dans ce cadre que les partenaires sociaux interviennent. Concernant la constitution et l'organisation des PCN, le soutien actif des partenaires sociaux doit être recherché⁵¹⁰. Selon l'OCDE, les partenaires sociaux peuvent inclure « les milieux d'affaires et les organisations représentant les travailleurs, les autres organisations non gouvernementales et les autres parties intéressées »⁵¹¹. Le soutien actif peut se traduire dans la composition des PCN, puisqu'un PCN peut être composé, entre autres, par des représentants des milieux d'affaires, des organisations représentant les travailleurs ou d'autres organisations non gouvernementales⁵¹². Leur présence est plus que souhaitée par l'OCDE, qui précise que le fait de nouer et d'entretenir des relations avec les partenaires sociaux contribue au bon fonctionnement des principes directeurs. Les partenaires sociaux peuvent

⁵⁰⁶ OCDE, Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2011, p. 3.

⁵⁰⁷ « Les entreprises devraient, dans le cadre des lois et règlements applicables et des pratiques en vigueur en matière d'emploi et de relations du travail ainsi que des normes internationales du travail applicables : 1§b S'inspirer, dans leurs activités, du principe de l'égalité des chances et de traitement dans le travail, et ne pas pratiquer de discrimination envers leurs travailleurs en matière d'emploi ou de profession pour des motifs tels que la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, ou toute autre circonstance, les pratiques sélectives concernant les caractéristiques des travailleurs ne pouvant que servir une politique établie des pouvoirs publics qui favorise spécifiquement une plus grande égalité des chances en matière d'emploi ou répondre aux exigences intrinsèques d'un emploi. »

OCDE, *op.cit.*, p. 42.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 15, p. 21, p. 78.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 81.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 81.

⁵¹² OCDE, *op.cit.*, p. 81.

également intervenir en tant qu'acteurs extérieurs aux PCN. Ils ont le droit de s'adresser aux PCN pour demander des renseignements sur les principes directeurs. Le PCN, dans le cadre de son obligation d'information et de promotion de ces principes, est tenu de répondre à ces demandes⁵¹³. L'OCDE met également l'accent sur l'importance du dialogue social et incite les entreprises⁵¹⁴ à fournir aux représentants des travailleurs les moyens nécessaires pour faciliter la mise au point de conventions collectives efficaces et les informations leur permettant de se faire une idée exacte et correcte de l'activité et des résultats de l'entité ou, le cas échéant, de l'entreprise dans son ensemble⁵¹⁵. L'objectif est d'assurer un dialogue social effectif et une négociation collective constructive, ce qui n'est pas envisageable si les principaux interlocuteurs ne détiennent pas toutes les informations utiles.

102. Un lien promu par les Nations Unies et le Pacte Mondial. Parmi les initiatives des Nations Unies, nous pouvons mettre l'accent sur le Pacte Mondial (*Global Compact*), instrument conçu pour la promotion de la RSE et du développement durable.

103. Un lien promu par les normes ISO 26000. L'Organisation internationale de normalisation (ISO) est une organisation internationale non gouvernementale, indépendante, dont les membres sont les organismes nationaux de normalisation⁵¹⁶. Selon son site officiel, l'ISO vise à l'élaboration des normes internationales d'application volontaire, fondées sur le consensus, pertinentes pour le marché, soutenant l'innovation et apportant des solutions aux enjeux mondiaux. Parmi les 22609 normes élaborées par l'ISO, mettons particulièrement en lumière la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale. Contrairement à d'autres normes techniques, l'ISO 26000 n'est pas destinée à la certification et ne contient pas, par conséquent, d'exigences en ce sens ; il s'agit plutôt de lignes directrices sur les questions centrales de responsabilité sociétale⁵¹⁷.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 82.

⁵¹⁴ Le vocabulaire utilisé par l'OCDE quant aux obligations des entreprises est intéressant, la formulation « les entreprises devraient... » est utilisée pour montrer l'incitation renforcée mais non contraignante des entreprises.

⁵¹⁵ OCDE, *op.cit.*, pp. 42-43

⁵¹⁶ AFNOR, l'organisme français de normalisation responsable de l'attribution du Label Diversité fait partie de ces membres, <https://www.iso.org/fr/about-us.html>.

⁵¹⁷ L'ISO 26000 se concentre sur sept questions centrales interdépendantes : la gouvernance de l'organisation, les Droits de l'Homme, les relations et conditions de travail, l'environnement, les communautés et le développement local, les questions relatives aux consommateurs et la loyauté des pratiques. ISO, « ISO 26000 Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale », *Découvrir ISO 26000*, 2010, https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/fr/PUB100258_fr.pdf.

Bien que la diversité ne se trouve pas en soi au centre de cette démarche⁵¹⁸, la norme met l'accent sur la discrimination et la notion de groupe vulnérable, qu'elle définit comme un « groupe d'individus partageant une ou plusieurs caractéristiques qui constituent la base d'une discrimination ou de circonstances défavorables en matière sociale, économique, culturelle, politique ou touchant à la santé, et qui empêchent les individus en question de disposer des moyens leur permettant de mettre leurs droits en application ou par ailleurs, de bénéficier d'opportunités égales »⁵¹⁹. Le respect de la diversité culturelle est également évoqué⁵²⁰.

Concernant le statut de cette norme, « la norme ISO 26000 est une norme de structure qui définit un processus de création des normes obéissant aux principes de la Responsabilité Sociétale des Organisations (RSO)⁵²¹. Il s'agit d'une norme privée dans la mesure où des acteurs privés (des organisations non gouvernementales, des représentants des consommateurs, des organisations patronales et des syndicats de salariés) sont à l'origine de l'élaboration de la norme. Mais des acteurs publics ont aussi participé à sa création, notamment les États et les organisations internationales intergouvernementales. La norme ISO 26000 est par conséquent une norme hybride, mi-étatique, mi-privée, compte tenu de son mode d'adoption »⁵²². Nous remarquons d'ailleurs une grande diversité quant aux acteurs impliqués ainsi que la participation importante des partenaires sociaux dans l'élaboration de cette norme. Du côté français, c'était AFNOR qui s'est chargée de rassembler plus d'une centaine d'organisations, plusieurs fois par an, pour contribuer à ce travail d'harmonisation, par la négociation⁵²³. Il convient de préciser que la France fait partie des pays qui ont adopté la norme ISO 26000 en tant que « standard national » et une série de grandes entreprises françaises l'utilisent (EDF, Carrefour, Air France, Orange, Véolia, Axa, Renault, etc.)⁵²⁴.

⁵¹⁸ Nous ne prenons pas en compte la biodiversité, qui constitue le centre d'intérêt pour le développement durable et le volet écologique de la responsabilité sociétale.

⁵¹⁹ La discrimination et les groupes vulnérables font partie du cinquième domaine d'action énoncé par la norme sur la question des Droits de l'Homme, art. 6.3.8. ISO, *op.cit.*, p. 12.

⁵²⁰ Parmi les références bibliographiques figure la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, des Nations Unies (NU) et de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) de 2005, <https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:fr>.

⁵²¹ La RSE fait partie de la RSO, la différence étant que la RSO ne s'adresse pas seulement aux entreprises mais à toute type d'organisation, de façon plus étendue. Cathérine Malecki, *op.cit.*, p. 28.

⁵²² Fleur Laronge, « La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO », *Dr. soc.*, 2013, p. 345.

⁵²³ Isabelle Cadet, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue internationale de droit économique*, vol. t.xxiv, no. 4, 2010, p. 408.

⁵²⁴ Informations issues du site officiel pour l'ISO 26000 : <https://iso26000.info/countries/>.

Outre leur rôle d'élaborateurs, les partenaires sociaux sont des acteurs incontournables à l'implémentation de la norme au sein des entreprises. En effet, la norme ISO 26000 consacre certains articles au rôle des « parties prenantes » et à l'importance du dialogue social. La partie prenante est définie en tant qu' « individu ou groupe ayant un intérêt dans les décisions ou activités d'une organisation » (article 2.20), ce qui inclut, entre autres, les partenaires sociaux. Le dialogue avec les parties prenantes est présenté comme une pratique fondamentale de la RSO et la reconnaissance des parties prenantes fait partie des principes de la responsabilité sociétale⁵²⁵. Dans son article 5.3.3 « Dialoguer avec les parties prenantes », la norme ISO définit les différentes formes de ce dialogue : « Le dialogue avec les parties prenantes peut prendre plusieurs formes. Il peut être lancé par une organisation ou peut commencer sous la forme d'une réponse donnée par une organisation à l'une de ses parties prenantes ou à plusieurs d'entre elles. Il peut se dérouler dans le cadre de réunions informelles ou formelles, sous diverses formes telles qu'entretiens individuels, conférences, ateliers, audiences publiques, tables rondes, comités consultatifs, procédures régulières et structurées d'information et de consultation, négociations collectives et forums interactifs sur la toile. Il convient que le dialogue avec les parties prenantes soit interactif ; il est censé permettre aux parties prenantes de faire entendre leur point de vue. Il a pour caractéristique essentielle d'impliquer une communication bilatérale. » Le dialogue avec les parties prenantes sert également de moyen de communication sur la responsabilité sociétale afin d'évaluer l'adéquation et l'efficacité du contenu et identifier les bonnes pratiques (article 7.5.4). Il constitue aussi un moyen d'amélioration de la crédibilité des rapports et des déclarations en matière de responsabilité sociétale (article 7.5.6). Se retrouve donc l'idée selon laquelle l'intervention des parties prenantes, et en particulier des partenaires sociaux, donne une certaine légitimité aux instruments RSE. Qu'il s'agisse de l'élaboration ou de la mise en place d'une norme, le fait que « les parties prenantes » y aient participé inspire une confiance accrue quant à la pertinence des aspects abordés par cette norme.

B) La consécration de ce lien avec le droit national au travers d'instruments RSE à l'initiative des partenaires sociaux

104. Cette initiative a été progressive. Elle est née au sein du milieu patronal et, plus précisément, avec les rapports de l'Institut Montaigne. Ces rapports ont abordé les différents

⁵²⁵ ORSE, *Comment rendre compte dans les rapports extra-financiers des relations avec les parties prenantes ? État des lieux des pratiques des entreprises en France à partir de quelques rapports annuels ou RSE, Complément au guide publié en 2010*, février 2014, p. 8.

aspects de la diversité au travail ainsi que la diversité en tant que notion autonome. Ils ont servi de fondements théoriques pour la véritable concrétisation de la diversité à travers l'adoption de la Charte de la Diversité en 2004.

1. *Les rapports de l'Institut Montaigne*

105. L'Institut Montaigne est une plateforme de réflexion indépendante créée en 2000 et dont les actions et propositions visent à l'efficacité de l'action publique, au renforcement de la cohésion sociale, à l'amélioration de la compétitivité et à l'assainissement des finances publiques de la France⁵²⁶. L'Institut réunit des chefs d'entreprise, des hauts fonctionnaires, des universitaires et des représentants de la société civile issus des horizons et des expériences les plus variés, avec un financement exclusivement privé⁵²⁷. La présence des partenaires sociaux patronaux est, par conséquent, prépondérante : nous pouvons en déduire que l'introduction de la notion de diversité en France constituait largement une initiative patronale.

Les rapports issus de l'Institut Montaigne sont en grande partie les instigateurs du lancement d'une discussion autour de la notion de diversité en France. La diversité se trouve au cœur de nombreux rapports publiés durant les années 2000. Ils mettent l'accent sur diverses facettes de la diversité telles que les minorités visibles⁵²⁸, l'emploi des jeunes et des seniors⁵²⁹, la religion⁵³⁰. De plus, ils couvrent un vaste domaine d'activités, telles que le travail⁵³¹, l'éducation⁵³² ou encore la politique⁵³³. L'Institut s'est également intéressé aux partenaires sociaux et au rôle accru qu'ils peuvent jouer au sein de l'entreprise par le biais du dialogue social et de la négociation⁵³⁴.

⁵²⁶ Ces objectifs sont décrits sur la page officielle de l'Institut Montaigne : <https://www.institutmontaigne.org/qui-sommes-nous>.

⁵²⁷ Le financement privé est construit à partir de contributions qui ne peuvent dépasser les 2% du budget, afin que l'indépendance de l'Institut ne soit pas compromise. Cela a été mis en exergue à plusieurs reprises, sur la page officielle de l'Institut Montaigne (<https://www.institutmontaigne.org/qui-sommes-nous>), ainsi que dans tous les rapports de l'Institut, qui comprennent systématiquement une première page présentant la structure et son fonctionnement.

⁵²⁸ Eric Keslassy, *Quelle place pour les minorités visibles ? Retour sur les élections régionales de mars 2010*, Institut Montaigne, mars 2010.

⁵²⁹ Danielle Nees, *15 propositions pour l'emploi des jeunes et des seniors*, Institut Montaigne, septembre 2010.

⁵³⁰ Marie-Anne Valfort, *Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité*, Institut Montaigne, octobre 2015.

⁵³¹ Laurent Blivet, *Ni quotas, ni indifférence : l'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, octobre 2004.

⁵³² Romain Geiss, *Ouvrir les grandes écoles à la diversité*, Institut Montaigne, janvier 2006.

⁵³³ Eric Keslassy, *Ouvrir la politique à la diversité*, Institut Montaigne, janvier 2009.

⁵³⁴ *Sauver le dialogue social, Priorité à la négociation d'entreprise*, Institut Montaigne, septembre 2015.

En janvier 2004, l'Institut Montaigne introduit la notion de diversité par son rapport intitulé « Les oubliés de l'égalité des chances » de Yazid Sabeg et Laurence Méhaignerie⁵³⁵. Il commence par constater le manque d'avancement en matière de représentation et de diversité en France⁵³⁶, un manque dû, selon les auteurs, à divers facteurs, parmi lesquels figurent la réticence et le risque quant à la mise en place des discriminations positives, ou encore la crainte d'une menace à l'égalité et les idéaux républicains⁵³⁷. Toutefois, l'Institut Montaigne reconnaît le besoin de détermination de la notion de diversité et considère que la nature et la portée que l'on va conférer à cette notion sont deux questions d'importance nationale⁵³⁸. Concernant les aspects de la diversité traités, ce rapport se concentre principalement sur la diversité culturelle et ethnique⁵³⁹, en prenant également en compte la diversité sociale et religieuse⁵⁴⁰. L'apport le plus important de ce rapport constitue sa proposition de mise en place d'une Charte de la Diversité, une proposition qui deviendra réalité quelques mois plus tard. Le rapport incite les entreprises à mettre en œuvre une Charte de la Diversité, dans le but de « formaliser leurs engagements pour le respect de la diversité culturelle et ethnique de la population française en matière de recrutement, de formation et de promotion professionnelles »⁵⁴¹. Les grandes entreprises sont invitées à prendre l'initiative et y participer les premières. Le contenu de cette potentielle Charte est également développé : l'engagement de respecter la diversité, la promotion de l'égalité des sexes, l'inclusion d'une clause de non-discrimination pour les embauches, à mérites, compétences, qualifications ou talents égaux, la prohibition de tout préjudice, préjugé ou oppression et toute forme de discrimination, l'incorporation dans le bilan social des actions menées pour la diversité⁵⁴². La création d'un Label d'inclusivité à partir de

⁵³⁵ Yazid Sabeg, Laurence Méhaignerie, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Institut Montaigne, janvier 2004, [https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_oublies-de-egalite-des-chances\(2\).pdf](https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_oublies-de-egalite-des-chances(2).pdf).

⁵³⁶ La représentation et la diversité sont deux notions liées : les auteurs relèvent le sentiment public selon lequel la société française n'est pas représentée dans sa diversité ni dans le monde politique, ni dans le monde intellectuel. *Ibid.*, *op.cit.*, p. 10.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁵³⁹ Selon les auteurs, la France doit prendre davantage en considération son caractère pluriethnique, un caractère développé progressivement, du passé colonial au flux migratoire (p. 32). La reconnaissance de la diversité culturelle peut faciliter la construction de l'identité française pour les citoyens français « issus de l'immigration » (p. 55). Il y a toutefois un équilibre subtil à maintenir ; pour certains, la reconnaissance de la diversité culturelle et ethnique est perçue comme un risque menaçant la cohésion sociale (p. 62). *Ibid.*, p. 32 et p. 55.

⁵⁴⁰ La diversité sociale est analysée sous le prisme du droit au logement, en mettant l'accent sur les critères pour l'acquisition d'un logement social et en prenant en compte l'objectif étatique de la « lutte contre les ghettos ». (pp. 19-21). Quant à la diversité religieuse, l'Institut s'intéresse aux « ambiguïtés du projet laïque » face à l'Islam et notamment à la question polémique du port du foulard dans le domaine de l'éducation (pp. 42-48). *Ibid.*, pp. 42-48.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 32 et p. 15.

⁵⁴² Yazid Sabeg, Laurence Méhaignerie, *op.cit.*, pp. 123-124.

la Charte est également invoquée, dans l'objectif de valoriser les entreprises mettant en place des pratiques responsables pour la promotion de la diversité.

Ce rapport constitue le véritable lancement du débat sur la diversité et des notions connexes qui suscitent toujours la polémique, comme les actions de discrimination positive, considérées par certains comme un moyen d'établir une meilleure égalité des chances et promouvoir la diversité. L'importance de ce rapport d'initiative privée semble d'autant plus évidente lorsque l'on se souvient qu'il a été analysé et cité dans le rapport de l'ancien Ministre Dominique Versini sur « la diversité dans la fonction publique »⁵⁴³, publié quelques mois plus tard.

En janvier 2004, l'Institut Montaigne produit encore un rapport important en lien avec la notion de diversité. Le rapport en question est rédigé par Laurent Blivet, consultant en stratégie d'entreprise, et intitulé « Ni quotas, ni indifférence : l'entreprise et l'égalité positive »⁵⁴⁴. Ce rapport vise directement la polémique autour de la notion de diversité : pour certains, la diversité peut constituer un outil de lutte contre les discriminations mais pour d'autres, la diversité représente un danger clair de « communautarisme ». Le communautarisme exprime le risque de fragmentation de la communauté des citoyens en raison de la prise en considération de l'existence des groupes spécifiques nécessitant un traitement différencié⁵⁴⁵. Le rapport parvient à révéler les ambiguïtés du sujet ainsi que les tensions créées dans le cadre du débat français. Un dilemme d'importance accrue est créé entre, d'un côté, l'objectif de lutter de manière plus efficace contre les discriminations et, de l'autre, la volonté de maintenir la cohérence formelle du modèle républicain français. Selon ce rapport, le besoin d'accroître l'efficacité de nos politiques antidiscriminatoires doit l'emporter sur l'idéal républicain⁵⁴⁶. Toutefois, comme le titre du rapport l'indique, assurer une véritable égalité positive ne nécessite pas l'adoption d'un système de quotas à l'image de la tradition anglo-saxonne, mais plutôt une amélioration des outils statistiques à la disposition des entreprises, afin de permettre

⁵⁴³ Dans ce rapport, une section entière est consacrée au « lancement en France d'un débat sur la discrimination positive avec le rapport de Yazid Sabeg » et ledit rapport est cité dans le cadre visant à déterminer « la diversité à la française ».

Dominique Versini, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport présenté à Monsieur Renaud Dutreil, ministre de la Fonction publique et de la réforme de l'État, décembre 2004, rapport disponible sur le portail de la fonction publique, pp. 21-22, p. 81.

https://www.fonction-publique.gouv.fr/archives/home20051107/communications/rapports/Rapport_Versini.pdf.

⁵⁴⁴ Laurent Blivet, *Ni quotas, ni indifférence : l'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, octobre 2004, https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/note_blivet_internet.pdf.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 51.

⁵⁴⁶ Laurent Blivet, *op.cit.*, pp. 50-52.

l'appréhension des problèmes ainsi que du progrès effectué dans l'entreprise en matière de diversité et de non-discrimination.

En 2014, un rapport de bilan, intitulé « Dix ans de politiques de diversité : quel bilan ? », est publié⁵⁴⁷. Ce rapport met l'accent sur les évolutions conceptuelles et juridiques de la notion de diversité, les actions menées et les propositions pour l'avenir, concernant notamment le domaine de l'éducation et du travail. Il convient de préciser la composition du groupe de travail chargé de livrer ce rapport : il est constitué des Directeurs généraux et des Responsables Diversité et Ressources humaines de grandes entreprises telles que Suez Environnement, le Groupe Casino, Coca-Cola, etc. Le rapport souligne les évolutions importantes intervenues pendant cette décennie, notamment la création de la Charte de la Diversité et du Label Diversité, tout en mettant aussi en lumière des résultats insatisfaisants ; l'appréhension des discriminations liées à la « race » ou à l'ethnie demeure compliquée⁵⁴⁸, et les discriminations fondées sur le handicap, le sexe et l'âge, bien qu'appréhendées bien plus facilement, sont toujours existantes et constituent une source d'inégalités pour l'accès au marché du travail⁵⁴⁹. Le rapport se conclut par une série des propositions, telles que « la levée de l'invisibilité statistique » pour le critère ethnique, tout en protégeant les données personnelles⁵⁵⁰, la sensibilisation des managers en matière de diversité, la promotion d'un référentiel commun de reporting pour assurer davantage de transparence et, enfin, l'inclusion des PME dans les démarches de diversité, en leur permettant de s'engager à atteindre un nombre plus limité d'objectifs prioritaires issus d'une liste préétablie⁵⁵¹.

Les rapports de 2004, ainsi que les rapports qui les ont suivis, présentent une vision spécifique de la diversité en tant que moyen impératif d'amélioration de l'efficacité des politiques antidiscriminatoires dans le monde du travail. Dans cette vision, les partenaires sociaux patronaux jouent un rôle prépondérant tant dans l'initiative que dans la mise en place effective de la promotion de la diversité au travail. À travers ces rapports, est clairement exprimée la volonté patronale de se placer au cœur du débat juridique, politique, social et économique qui

⁵⁴⁷ Jean-Louis Chaussade, *Dix ans de politiques de diversité : quel bilan ?*, Institut Montaigne, septembre 2014, https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_politique_de_diversite_institut_montaigne.pdf.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, pp. 20-24. Le rapport souligne le manque d'évolution en matière de collecte des données « sensibles ». Nous analysons davantage ce débat dans la seconde partie de notre thèse.

⁵⁴⁹ *Ibid.* pp. 57-69.

⁵⁵⁰ *Ibid.* pp. 72-73.

⁵⁵¹ *Ibid.* pp. 75-76.

entoure la notion de diversité. Ces rapports démontrent également l'influence de certains acteurs privés sur le droit du travail : une proposition d'initiative entièrement privée a conduit à la création de la première norme juridique en matière de diversité en France, la Charte de la Diversité.

2. *La Charte de la Diversité*

106. À la suite du lancement de la proposition de création d'une Charte de la Diversité dans le rapport de l'Institut Montaigne de janvier 2004, la Charte de la Diversité devient une réalité le 22 octobre 2004⁵⁵². L'influence de l'Institut demeure importante puisque la Charte est rédigée par Claude Bébéar, Yazid Sabeg et Laurence Mehaignerie, ces derniers étant les rédacteurs du rapport original. La Charte de la Diversité en entreprise de 2004 est une initiative des entreprises ayant pour objectif de promouvoir et œuvrer en faveur de la diversité.

La Charte de la Diversité est un document simple et court qui contient six articles/engagements se concentrant sur la sensibilisation des collaborateurs et des dirigeants, la lutte contre les discriminations, la promotion de la diversité culturelle et ethnique et le suivi de l'engagement de l'entreprise à travers un bilan inscrit dans son rapport annuel⁵⁵³. L'engagement est notamment moral, mais la Charte souligne la nécessité de « passer à l'acte » ainsi que les bienfaits de la diversité pour l'entreprise en tant que facteur de progrès, d'efficacité, d'amélioration des relations sociales et de l'image de l'entreprise. Elle met l'accent sur trois aspects centraux : la diversité culturelle, ethnique et sociale. Concernant la notion de diversité au sein de l'entreprise, la Charte de la Diversité la définit dans son glossaire comme « la variété de profils humains qui peuvent exister en sein d'une entreprise »⁵⁵⁴. Les profils se différencient

⁵⁵² Charte de la Diversité, page officielle, <http://www.charte-diversite.com/charte-de-la-diversite/>.

⁵⁵³ Charte de la Diversité du 22 octobre 2004 :

« 1. Sensibiliser et former nos dirigeants et collaborateurs impliqués dans le recrutement, la formation et la gestion des carrières aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité.

2. Respecter et promouvoir l'application du principe de non-discrimination sous toutes ses formes et dans toutes les étapes de gestion des ressources humaines que sont notamment l'embauche, la formation, l'avancement ou la promotion professionnelle des collaborateurs.

3. Chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique dans notre effectif, aux différents niveaux de qualification.

4. Communiquer auprès de l'ensemble de nos collaborateurs notre engagement en faveur de la non-discrimination et de la diversité, et informer sur les résultats pratiques de cet engagement.

5. Faire de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique de diversité un objet de dialogue avec les représentants des personnels.

6. Inclure dans le rapport annuel un chapitre descriptif de notre engagement de non-discrimination et de diversité : actions mises en œuvre, pratiques et résultats. »

⁵⁵⁴ Réjane Sénac, *op.cit.*, p. 8.

selon une liste non-exhaustive de critères qui comprend l'origine, la région, le quartier, le patronyme, la culture, l'âge, le sexe, l'apparence, physique, les diplômes, le handicap, etc.

Le 22 octobre 2004, trente-trois grandes entreprises ont signé la Charte de la Diversité et depuis, les entreprises signataires se sont multipliées. Actuellement, selon le site officiel de la Charte, plus de trois mille huit cents entreprises ont procédé à la signature de la Charte et il convient de préciser que la majorité d'entre elles ne sont pas des grands groupes mais des PME et TPE. En vue d'adapter les engagements de la Charte à la situation économique et sociale actuelle et dans l'objectif d'attirer et répondre davantage aux besoins des PME, un nouveau texte a été lancé et adopté. La Charte de la Diversité 2018 contient toujours six engagements qui suivent le même esprit mais avec une terminologie un peu différente, reflétant ses nouvelles ambitions⁵⁵⁵. L'article premier prévoyait la sensibilisation des acteurs (dirigeants, managers, collaborateurs) impliqués dans le recrutement, la formation et la gestion des carrières ; dans sa version de 2018, il étend le champ personnel de ces actions en incluant, progressivement, l'ensemble des collaborateurs. Le deuxième article sur l'application du principe de non-discrimination se limitait, dans sa version de 2004, à la gestion des ressources humaines, tandis que la version de 2018, tout en mettant l'accent sur la gestion des ressources humaines, inclut également « tous les actes de management et de décision de l'entreprise ou de l'organisation ». L'article 3, portant sur la représentation de la diversité de la société française, concernait en 2004 seulement la composante culturelle, ethnique et sociale de la diversité ; en 2018, ces trois composantes demeurent centrales mais l'article ajoute que la société française doit être conçue « dans toutes ces différences et richesses ». Dans le même esprit, l'article 4, relatif à la communication, est élargi pour comprendre, outre les collaborateurs, les clients, partenaires et fournisseurs de l'entreprise. Enfin, nous pouvons noter le nouvel intérêt pour le caractère performatif de la diversité, celle-ci se présentant comme « le fondement d'une société performante socialement et économiquement ». Une autre nouveauté consiste à l'ouverture vers d'autres types d'organisations (collectivités, associations, etc.).

L'évolution de la Charte s'explique par différents facteurs : premièrement, l'évolution législative en matière de non-discrimination, depuis 2004, a conduit à une multiplication des critères discriminatoires et, par conséquent, à un élargissement de la vision retenue pour la

⁵⁵⁵La Charte de la Diversité dévoile ses nouvelles ambitions : retour sur le lancement, 23 octobre 2018, <https://www.charte-diversite.com/la-charte-de-la-diversite-devoile-ses-nouvelles-ambitions-retour-sur-le-lancement/>.

diversité, associée notamment en 2004 avec les aspects ethniques et culturels ; deuxièmement, pour que les engagements en matière de diversité aient un réel impact, il faut adopter des politiques globales qui dépassent l'organisation interne des ressources humaines de l'entreprise. Toutefois, pour accomplir cette vision ambitieuse, la Charte ne dispose que d'un cadre peu contraignant, avec des obligations très limitées. Les entreprises doivent s'acquitter de certains frais au moment de leur signature et, tous les deux ans, formuler et communiquer un bilan sur les actions menées pour satisfaire leur engagement en matière de diversité.

107. Cet outil de valeur principalement morale et incitative peut toutefois avoir bien des conséquences juridiques. Par exemple, dans une instruction ministérielle de 2006 relative au renforcement des moyens des politiques de l'emploi dans les territoires sensibles, les signataires de la Charte de la Diversité sont présentés comme des acteurs privilégiés pour la lutte contre les discriminations et l'identification des opportunités du marché de l'emploi local⁵⁵⁶. Le Défenseur des droits (ex-HALDE) semble également accueillir cette initiative, au moins en ce qui concerne son aspect symbolique : « certains ont voulu n'y voir qu'une déclaration d'intention dont la portée symbolique servait avant tout l'image de l'entreprise. C'est sans doute un risque, mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un engagement, qui témoigne d'une prise de conscience, qui est en tout état de cause toujours le point de départ d'une modification du comportement »⁵⁵⁷. Toutefois, la Charte a également suscité des critiques quant à son véritable objectif, sa portée et son utilité. Par exemple, le Professeur René de Quenaudon a exprimé ses inquiétudes par rapport à la Charte de la Diversité et notamment la confusion normative qui en découle : « il y a aussi, dans ce vaste fourre-tout, des normes qui sont appelées RSE par leurs prescripteurs et leurs utilisateurs alors pourtant qu'elles ne font que reprendre, tout au moins en partie, des obligations légales existantes. Prenons l'exemple de la Charte de la Diversité... Ces initiatives, qui rappellent un peu le côté anarchique de la production éditoriale sur Internet, posent un problème abyssal à celui qui les analyse du point de vue normatif. D'une part, il ne distingue plus les limites du champ à observer, car c'est toute la régulation économique, sociale/sociétale et environnementale qui est concernée. D'autre part, la RSE apparaît comme

⁵⁵⁶ Instruction DGEFP-DIV n°2006/34 du 13 novembre 2006 relative au renforcement des moyens des politiques de l'emploi dans les territoires sensibles.

« Il s'agit d'accroître les offres d'emplois proposées aux publics des quartiers par des actions de prospection avec le concours des organismes représentatifs des employeurs et celui de l'ANPE, en direction notamment des entreprises de la Zone Franche Urbaine ou des entreprises signataires de la charte de la diversité. »

« ...il s'agit de favoriser la prospection des entreprises qui s'inscrivent dans cette démarche de prévention des discriminations et de favoriser celle des signataires de la charte de la diversité. »

⁵⁵⁷ HALDE, projet avant publication, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité. Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 5.

une sorte de trou noir qui fait perdre la lumière que dégageaient les éléments passant à sa proximité »⁵⁵⁸.

Pour d'autres auteurs, cette confusion normative est plutôt positive et démontre la complémentarité entre les normes RSE et le droit : « Même s'il s'agit du rappel des droits de l'homme consacrés par les textes internationaux, il semblerait que la consécration du principe de non-discrimination par les entreprises elles-mêmes soit une nécessité. L'utilité est même évidente lorsque ce sont les acteurs des entreprises qui consacrent expressément les valeurs qu'ils sont susceptibles de transgresser. Ainsi, qu'il s'agisse de l'embauche, du recrutement, de l'exercice du contrat de travail, des rémunérations et des promotions, les directions sont amenées à veiller scrupuleusement au respect de leurs démarches expressément écrites. Par ailleurs, les Pouvoirs Publics ont appelé les entreprises à davantage faire preuve de responsabilité sociale par le biais de la négociation. C'est la raison pour laquelle les négociations interprofessionnelles ont abouti à la rédaction de la Charte de la Diversité, celle-ci ayant été signée par 1500 entreprises en 2007. Ce texte qui n'a nullement la valeur d'une loi, produit néanmoins un effet positif parce qu'il a vocation à jouer un rôle préventif et éviter toute situation discriminatoire. En cas de violation, la loi demeure applicable et des sanctions pénales sont encourues avec le risque pour l'entreprise de subir une atteinte plus importante à sa notoriété du fait de la signature volontaire d'une telle charte. En cela les codes et chartes éthiques jouent un rôle complémentaire de la loi selon l'action incitative et responsable »⁵⁵⁹.

108. L'initiative de la Charte de la Diversité française a été transposée à d'autres pays qui, inspirés par l'exemple français, ont procédé à l'adoption des Chartes de diversité : actuellement, vingt et une chartes européennes ont été lancées⁵⁶⁰. La Commission européenne a salué ces initiatives et est intervenue pour faciliter les échanges et communiquer les bonnes pratiques employées par les entreprises aux différents pays de l'UE. Dans cet objectif, la plateforme européenne des chartes de la diversité a été créée en 2010, financée par la Commission européenne⁵⁶¹. Cet échange de bonnes pratiques entre les Chartes européennes, accompli grâce

⁵⁵⁸ René de Quenaudon, *op.cit.*, p. 121-125.

⁵⁵⁹ Brigitte Pereira, « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion* n°230, mars-avril 2008, p. 31.

⁵⁶⁰ Selon le site officiel de la Charte de la Diversité, l'équipe française n'a pas seulement inspiré la création d'autres chartes européennes, mais a également été impliquée dans leur élaboration.

Charte de la Diversité, page officielle, <http://www.charte-diversite.com/charte-de-la-diversite/>.

⁵⁶¹ Commission Européenne, *EU Platform of Diversity Charters*, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/tackling-discrimination/diversity-management/eu-platform-diversity-charters_fr.

à la plateforme de la Commission, a une importance toute particulière dans le plan d'action de l'UE pour lutter contre les discriminations. Par exemple, dans une communication de la Commission du 20 novembre 2017 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, la Commission s'engage à « mettre en place des partages réguliers de bonnes pratiques entre les entreprises pour éliminer, à terme, la ségrégation entre les sexes et continuera à soutenir la plateforme européenne des chartes de la diversité »⁵⁶².

Le 19 juillet 2017, dans le cadre de la Stratégie pour l'inclusion et la diversité⁵⁶³, la Commission européenne a procédé à l'adoption de sa propre Charte pour l'inclusion et la diversité⁵⁶⁴. Dans cette communication de 2017, la Commission explique la motivation ayant inspiré cette Stratégie et la Charte pour l'inclusion et la diversité : « pour défendre des valeurs, il faut commencer par les respecter soi-même. Ce que nous recommandons aux États membres, nous devons d'abord l'appliquer ici, au sein de la Commission européenne. La présente communication nous aide à y parvenir en définissant la première stratégie globale encourageant la diversité et l'inclusion pour l'ensemble du personnel de la Commission »⁵⁶⁵. Cette Charte s'adresse aux employés de la Commission et ressemble, tant sur la forme que sur le fond, à la Charte française. Elle comprend cinq engagements sur la sensibilisation des managers, l'exclusion de toute forme de discrimination, la communication et la réalisation de bilans sur la mise en place des politiques de diversité, l'égalité de chances. La Charte de la Commission s'intéresse particulièrement à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et prévoit des mesures concrètes telles que les horaires flexibles pour équilibrer la vie privée avec la vie professionnelle et l'objectif d'arriver à un taux de 40% de représentation féminine aux postes de responsabilité⁵⁶⁶.

3. *Le Label Diversité*

109. Un label est « une information qu'un fabricant ou un commerçant donne au consommateur au moment de la vente. Il est, le plus souvent, composé de mots et de chiffres ou bien indique un logo et le nom d'une organisation, insignifiants pour le consommateur, sauf

⁵⁶² Document de la Commission COM (2017) 678 final du 20 novembre 2017, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Plan d'action de l'Union européenne 2017-2019 Éliminer l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes*.

Action 2, « Lutter contre la ségrégation occupationnelle et sectorielle ».

⁵⁶³ Communication de la Commission C(2017) 5300, 19 juill. 2017, *Un meilleur environnement de travail pour tous: une stratégie en faveur de la diversité et de l'inclusion*.

⁵⁶⁴ Commission Européenne, *Diversity and inclusion charter*, 19 juillet 2017, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/diversity-inclusion-charter-2017-07-19-en.pdf>.

⁵⁶⁵ Communication de la Commission C(2017) 5300, 19 juill. 2017, *op.cit.*, p. 3.

⁵⁶⁶ Commission Européenne, *Diversity and inclusion charter*, *op.cit.*, articles 1 et 2.

s'il en comprend la signification à partir d'informations déjà connues »⁵⁶⁷. Le Label Diversité fait partie d'une catégorie spécifique de labels, le label social. Les labels sociaux garantissent que certaines normes de travail sont respectées par l'entreprise fabricant un produit ou fournissant un service⁵⁶⁸, ou encore « visent à influencer les pratiques en matière de production et de distribution des entreprises et les décisions d'achat d'un groupe de consommateurs intéressés, en fournissant des garanties sur l'impact social et éthique d'un processus commercial sur un autre groupe, les travailleurs de toute la chaîne de production »⁵⁶⁹. Il peut constituer un facteur de transparence ou une garantie, assurant le consommateur que le produit ou service offert a été produit ou effectué dans des conditions équitables.

110. Suivant les objectifs de la Charte, un Label Diversité a été créé le 11 septembre 2008. Le Label a été créé à l'initiative de l'association nationale des directeurs des ressources humaines (ANDRH), à l'image du Label Égalité, déjà créé au 2004⁵⁷⁰. Le décret du 17 décembre 2008 relatif à la création du Label Diversité⁵⁷¹ marque le début de la labellisation en matière de diversité, avec une procédure similaire pour l'obtention du Label Égalité : pour obtenir le Label, il faut premièrement transmettre un dossier à l'organisme chargé de délivrer le Label (Afnor⁵⁷²) ; un évaluateur étudiera ensuite le dossier et se déplacera dans l'entreprise

⁵⁶⁷ Nadège Caussé, *op.cit.*, p. 99.

⁵⁶⁸ Le Label social n'est pas une nouveauté des années 2000. En 1899, le « White Label » a été introduit aux États-Unis, garantissant aux consommateurs que les sous-vêtements de coton étaient fabriqués sans la participation de la main d'œuvre infantine. Ce premier label a été remplacé en 1918 par des Labels parrainés par des syndicats et qui garantissaient que les normes du travail étaient respectées par les fabricants. Nadège Caussé, *op.cit.*, p. 99.

Nous trouvons des initiatives similaires dans d'autres pays de l'UE, par exemple, le Label social belge a suscité beaucoup d'intérêt et peut, pour certains auteurs, servir d'exemple, puisqu'il était le premier label social officiel en Europe : il s'agit d'un instrument public (créé par la loi du 27 février 2002) permettant de mesurer l'engagement des entreprises en matière de droits sociaux et de RSE. Mikaël Glorieux, « Le label social belge : une initiative à valeur d'exemple ? », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2009/4 (Tome XLVIII), pp. 99-107.

⁵⁶⁹ Anne Peeters, « Labels sociaux », *L'Année sociale*, 2001, p. 337-344.

⁵⁷⁰ Le label français pour l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes a été créé en juillet 2004, à l'initiative de Nicole Ameline, alors ministre de la Parité et de l'Égalité professionnelle, avec l'implication des partenaires sociaux français. Le Label pour l'égalité professionnelle vise à promouvoir l'égalité et la mixité professionnelle et à valoriser les actions des entreprises qui ont réalisé des démarches significatives à ces fins. Conformément à l'arrêté du 2 septembre 2004 relatif à la commission de labellisation de l'égalité professionnelle (NOR : MPEC0411832A, JO 22 septembre 2004), pour obtenir le Label Égalité, l'entreprise doit candidater devant une commission composée de partenaires sociaux et des représentants de l'État. Cette commission rend un avis et le transmet à l'organisme responsable de la délivrance de la certification (AFNOR), afin que celui-ci puisse prendre la décision de labellisation,

Sylvie Brunet, Marie Dumas, « Bilan de l'application des dispositifs promouvant l'égalité professionnelle entre femmes et hommes », Les études du Conseil social, économique et environnementale, Les éditions des journaux officiels, 9 mars 2012, pp. 14-15.

⁵⁷¹ Décret n°2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, NOR : IMIC0828603D, JO 19 décembre 2008.

⁵⁷² Afnor certifications est un organisme privé qui délivre des certifications et des labels en plusieurs domaines. Afnor certification, page officielle : <https://certification.afnor.org/>.

pour attester des pratiques employées et rédiger le rapport d'évaluation ; ce rapport sera transmis à la Commission de labellisation, composée par cinq représentants des organisations syndicales représentant les salariés, cinq représentants des organisations syndicales d'employeurs et cinq représentants de l'État ; cette Commission rend un avis déterminant pour l'obtention du Label, l'organisme chargé de le délivrer (l'Afnor) est tenu de le suivre. Si la décision est positive, le Label est attribué pour une durée de quatre ans, renouvelable.

Qui peut obtenir le Label Diversité ? Le Label n'est pas exclusif aux entreprises privées mais concerne tous les types d'employeurs : entreprises, administrations publiques, collectivités territoriales, établissements publics, associations⁵⁷³. L'objectif est commun pour tous : obtenir un signe de reconnaissance attestant que le titulaire a un dispositif en matière de prévention des discriminations et des pratiques vertueuses en faveur de la diversité. Le Label sert ainsi de compensation pour l'employeur qui œuvre pour protéger les salariés des discriminations et qui œuvre pour promouvoir la diversité. Pour obtenir tout Label, il convient de respecter et se conformer à un cahier des charges. En ce qui concerne le Label Diversité, le cahier des charges se décline en trois versions afin de pouvoir répondre au mieux aux besoins des différentes structures : les organismes dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés, les organismes dont l'effectif est égal ou supérieur à cinquante salariés et la Fonction Publique⁵⁷⁴.

En tout état de cause, cinq critères doivent être satisfaits : « Réaliser un état des lieux en matière de diversité et de prévention des discriminations dans l'entreprise en association avec les représentants du personnel ou les partenaires sociaux. Il doit concerner l'ensemble des critères de discrimination fixés à l'article L. 1132-1 du Code du travail, à l'exception du sexe. Ce diagnostic prend en compte les enregistrements des réclamations en cas de discrimination supposée ou avérée ; définir, mettre en œuvre et assurer le suivi de la politique diversité. La direction de l'entreprise candidate doit notamment désigner un référent « diversité » et associer les partenaires sociaux à sa démarche ; Assurer la communication interne, la sensibilisation de

⁵⁷³ DGAF, *Le Label diversité dans la fonction publique*, septembre 2010.

⁵⁷⁴ Les différences entre les trois cahiers des charges sont très subtiles, par exemple, les obligations relatives à la communication interne pour une entreprise de moins de cinquante salariés sont un peu plus légères par rapport à celles d'une entreprise de plus de cinquante salariés.

Cahiers des charges téléchargeables sur la page officielle de Afnor certification, <https://certification.afnor.org/ressources-humaines/label-diversite> :

« Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable aux organismes privés dont l'effectif est égal ou supérieur à 50 salariés.

« Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable aux organismes privés dont l'effectif est inférieur à 50 salariés.

« Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable à l'État et à ses établissements publics, aux collectivités territoriales et leurs établissements publics, aux établissements publics du secteur de la santé, du social et du médico-social, ainsi qu'aux autres organismes relevant du secteur public.

l'ensemble du personnel en la matière, et la formation des managers et des représentants du personnel ; prendre en compte la diversité, notamment en matière de recrutement, de gestion des carrières, de formation, de partenariat avec les acteurs territoriaux, de relations avec les fournisseurs, et avec les clients ; évaluer et rechercher les axes d'amélioration de la politique de la diversité . L'entreprise candidate est notamment chargée d'établir un bilan annuel sur sa mise en œuvre. »⁵⁷⁵ L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes est exclue de ce dispositif pour la seule raison qu'il existe déjà un Label dédié à cette thématique. La question du lien entre les deux labels se pose naturellement : l'un l'emporte-t-il sur l'autre ? Les deux présentent-ils la même utilité pour les entreprises ? La complémentarité des deux Labels est reconnue par l'Afnor ainsi que par les entreprises souhaitant une certification pour leurs démarches en la matière. En 2015, l'Afnor a initié l'alliance Label Diversité/Label Égalité Professionnelle, qui permet aux entreprises d'obtenir les deux Labels avec un dossier de candidature unique et un cahier des charges commun⁵⁷⁶. Cette initiative facilite les démarches administratives exigées et permet aux entreprises intéressées d'agir sur les deux thématiques sans devoir donner la priorité à l'une ou l'autre.

111. Quant au rôle des partenaires sociaux, celui-ci est prépondérant pour l'obtention du Label Diversité. En France, la diversité a été initiée par les partenaires sociaux et fondée sur eux. À cet égard, le Label Diversité n'est pas une exception. Ainsi, conformément au cahier des charges, dans le cadre de l'évaluation de la situation existante dans l'entreprise, il faut communiquer l'état des lieux réalisé aux représentant(e)s du personnel ou aux instances représentatives du personnel, et aux organisations syndicales lorsqu'elles existent et, par la suite, les associer à l'élaboration du diagnostic. L'association des partenaires sociaux n'est pas optionnelle ; conformément au cahier des charges « la Direction doit communiquer aux représentant-e-s du personnel et aux organisations syndicales, lorsqu'elles existent, son intention de définir et de mettre en œuvre une politique diversité. La Direction doit proposer aux représentant-e-s du personnel et aux organisations syndicales, lorsqu'elles existent, d'être associés à la mise en œuvre de la politique diversité et à la/aux réunion(s) afférente(s) aux résultats de la cellule d'écoute ». Si, pour le Label Égalité, la conclusion d'un accord collectif est obligatoire, tel n'est pas le cas pour le Label Diversité. Le Label incite les entreprises à privilégier le dialogue social, sans imposer une obligation de négociation. Toutefois, la

⁵⁷⁵ Marie-Thérèse Lanquetin, « Discrimination », In *Rép. trav.*, janvier 2010 (actualisation : août 2018), §86.

⁵⁷⁶ Afnor certification, Alliance Label Diversité / Label Égalité Professionnelle, <https://certification.afnor.org/ressources-humaines/alliance-label-diversite-label-egalite-professionnelle>.

manifestation la plus concrète de l'implication des partenaires sociaux étant la négociation et l'adoption des accords collectifs en matière de diversité, l'adoption d'un accord est très valorisée pour l'obtention du Label.

Remarquons que jusqu'en 2008, l'État n'est pas véritablement intervenu en matière de diversité⁵⁷⁷, les initiatives principales telles que la Charte de la Diversité et l'ANI émanant des partenaires sociaux. Le label est la propriété de l'État et associe les pouvoirs publics, l'Association nationale des directeurs des ressources humaines (ANDRH) et les syndicats de salariés et d'employeurs. Le Label demeure toutefois une initiative des partenaires sociaux patronaux ; premièrement, parce que le Label était inspiré par les documents d'origine patronale tels que les rapports de l'Institut Montaigne et la Charte ; deuxièmement, parce que la présence des partenaires sociaux patronaux pour la création et l'obtention du Label est double : à travers l'ANDRH et à travers les représentants des syndicats patronaux au sein de la Commission nationale de labellisation. Cependant, nous reconnaissons que la mise en place de ce Label ne serait pas possible sans l'initiative étatique et la participation des partenaires sociaux des salariés.

Le Label Diversité est une initiative positive pour la promotion de la diversité mais nous pouvons nous interroger sur la véritable signification de son obtention et la motivation de l'entreprise candidate. Selon la Commission alternative de réflexion sur les « statistiques ethniques » et la discrimination (CARSED), il convient de maintenir une vigilance par rapport à la mise en œuvre du Label Diversité, en raison du fait que selon l'utilisation du label, celui-ci peut se transformer en un outil de communication entre les ressources humaines, les syndicats et le personnel ou, au contraire, servir à écarter les poursuites et éviter les plaintes pour discrimination⁵⁷⁸.

112. En 2017, un nouveau label en matière de diversité a été créé au niveau européen et international, le GEEIS-Diversity. Les labels GEEIS (Gender Equality European and International Standard) ont été créés par le fonds de dotation Arborus (à l'initiative de grandes

⁵⁷⁷ Il est intéressant, sur ce point, d'opérer une comparaison avec le système américain. Aux États-Unis, la diversité est une initiative étatique qui ne laisse pas véritablement de place au dialogue social. En France l'intervention étatique en la matière est minime et la diversité a été créée et développée par les partenaires sociaux à travers le dialogue social.

Marie Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, op.cit., p. 139.

⁵⁷⁸ Commission alternative de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations, *Le Retour de La Race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2009, p. 22.

entreprises internationales) qui, selon leur page officielle, se placent sous le haut patronage du Conseil Économique et Social Européen⁵⁷⁹. Le Label GEEIS-Diversity a pour objectif de parvenir à l'égalité de chances par le biais de la diversité et la mixité de profils. En 2020, un nouveau label, le Label GEEIS-AI, a été créé pour traiter la diversité dans une perspective d'intelligence artificielle inclusive et responsable⁵⁸⁰. Populaire chez les grandes entreprises multinationales telles que le Groupe Orange, qui est membre fondateur d'Arborus, ce Label est moins utilisé au niveau national. Nous ne disposons que d'un seul exemple d'accord qui fait référence au Label GEEIS-Diversity, l'accord de l'entreprise METRO France⁵⁸¹, le Label Diversité élaboré par l'Afnor restant le plus populaire au niveau national.

Paragraphe 2. Les partenaires sociaux en tant que facteur de rattachement entre la RSE et le droit du travail à travers l'exemple de la diversité

113. La RSE est par nature une démarche volontaire qui dépasse les obligations légales et, en tant que telle, se retrouve souvent en opposition avec le droit. Le Professeur René de Quenaudon utilise une métaphore pour expliquer la relation entre le droit du travail et la RSE : dans le contexte français, associer les deux notions revient à prétendre pouvoir mélanger l'eau et le feu. Toutefois « il se peut que l'eau et le feu parviennent à se rencontrer ; c'est à la condition toutefois de reconnaître au droit la possibilité de changer d'état, de passer de celui solide à celui de liquide, voire de gazeux ; c'est aussi à la condition d'admettre que la RSE est un concept polymorphe, parce que sans architecte unique, et encore inachevé »⁵⁸².

Selon nous, cette association est facilitée par les partenaires sociaux, qui fournissent un corps juridique à la RSE à travers les accords collectifs ou qui offrent, en dehors de la négociation collective, une légitimité aux instruments de soft law à travers leur intervention dans l'élaboration ou la mise en place de ces instruments et normes techniques. Dans ce cadre, le droit se trouve face à face avec ces nouveaux instruments, qui demandent une qualification juridique. D'autres fois, c'est la loi elle-même qui s'intéresse à la promotion de la RSE. Nous

⁵⁷⁹ Arborus, page officielle, *Build a better future based on gender equality and inclusion*, <https://arborus.org/qui-sommes-nous/>.

⁵⁸⁰ Arborus, Communiqué de presse, *Lancement du premier label international pour une IA inclusive : GEEIS-AI*, 7 septembre 2020, <https://arborus.org/wp-content/uploads/2020/09/CP-Arborus-Lancement-GEEIS-IA.pdf>.

⁵⁸¹ Accord d'entreprise Diversité et inclusion au sein de Metro France du 1^{er} octobre 2020.

⁵⁸² René de Quenaudon, *op.cit.*, p. 121.

constatons l'existence d'un effort visant à réglementer ces instruments (A), ce qui induit un rapprochement entre les instruments non-contraignants et la normativité traditionnelle (B).

A) Un effort de réglementation des instruments RSE

114. Les partenaires sociaux ainsi que le législateur français ne sont pas restés passifs face à la multiplication des normes non contraignantes. À travers les actions RSE en matière de diversité, nous pouvons remarquer deux tendances : dans la première, les partenaires sociaux sont à l'initiative des démarches RSE en matière de diversité et le droit est « récepteur » de la RSE à travers ces initiatives. Dans la deuxième, les partenaires sociaux interviennent à la suite d'une incitation extérieure et parfois légale. Le droit agit dans ce cas en tant que « promoteur », il intervient pour promouvoir la RSE et inciter le dialogue social et le développement d'un comportement éthique au sein de l'entreprise, en rendant même contraignantes certaines dispositions. En effet, un exemple typique est celui des obligations relatives aux salariés handicapés ou à l'égalité professionnelle démontrant cette tendance de réglementation d'un comportement dans un objectif de RSE. Bien que la loi française ait bien saisi la thématique de la RSE, en matière de diversité, elle a laissé la place principale aux partenaires sociaux, qui concrétisent les efforts de promotion de la diversité au travail à travers l'ANI du 12 octobre 2006.

115. **La place des partenaires sociaux dans la promotion des actions RSE par la loi.** L'on remarque une tendance qui montre que la RSE est saisie par le droit : les démarches auparavant volontaires deviennent obligatoires⁵⁸³. Selon certains auteurs, la relation entre la RSE et le droit est dialectique et, lorsque la loi intervient et régularise une démarche RSE, la RSE assume une position innovante et créatrice afin d'aller au-delà de la norme désormais obligatoire⁵⁸⁴. Concernant l'intervention légale en matière de RSE, les partenaires sociaux occupent une place prépondérante. Le premier exemple est celui de la loi Grenelle II du 12 juillet 2010⁵⁸⁵ qui demande aux entreprises cotées, ou celles « non cotées dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires est au minimum de 100 millions d'euros et dont le nombre moyen de salariés

⁵⁸³ L'exemple le plus récent est celui du devoir de vigilance qui, depuis la loi n°2017-399 du 27 mars 2017, devient désormais obligatoire pour les sociétés « ayant leur siège social en France et qui, à la clôture de deux exercices consécutifs emploient au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou emploient au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères ».

⁵⁸⁴ Jean-Jacques Rosé, « Devoir de vigilance : accomplissement dialectique de la RSE », in Sophie Schiller (dir.) *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 25-26

⁵⁸⁵ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, modifiée par la LOI n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

permanents employés au cours de l'exercice est au moins de 500 »⁵⁸⁶ d'incorporer dans leur rapport annuel les conséquences sociales et environnementales de leurs activités. L'article L225-102-1 du Code de commerce, issu de l'article 225 de cette loi, et qui comprend les informations à inclure dans le rapport et « la promotion des diversités », en fait partie⁵⁸⁷. Les entreprises soumises à cette obligation doivent aussi rendre compte des engagements pris envers leurs parties prenantes⁵⁸⁸. Plus précisément, dans son article 225, la loi prévoit que « les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes participant à des dialogues avec les entreprises peuvent présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés ». Toutefois, trois mois plus tard, cette disposition a été supprimée car le parlement considérait que la notion de parties prenantes demeure large et floue et que « les Institutions représentatives du personnel et les parties prenantes pourraient introduire dans le rapport annuel des appréciations non vérifiées ou susceptibles de porter à l'entreprise un préjudice de réputation disproportionné, [...] à l'égard de leurs concurrents étrangers »⁵⁸⁹. Cela peut se traduire comme un manque de confiance envers les partenaires sociaux et leur rôle en matière de RSE ; cette exclusion fait également écho à la perception selon laquelle les organisations syndicales de salariés se trouvent en opposition constante avec le milieu patronal.

À la suite de la loi du 30 octobre 2018, l'article L.225-102-1, consacré à la déclaration de performance extra-financière, inclut dans cette déclaration les « actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées »⁵⁹⁰. Bien que les partenaires sociaux soient moins présents, parmi les informations à déclarer figurent « les accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés ». Cet article témoigne d'un changement de vision quant à l'objectif des accords collectifs, changement qui est lié à l'objectif de performance qu'on a analysé dans notre premier chapitre : les accords collectifs semblent être évalués par rapport à leur impact sur la performance en premier lieu et, paradoxalement en deuxième lieu, par rapport à leur impact sur les conditions

⁵⁸⁶ Seuil défini par Décret d'application n°2012-557 du 24 avril 2012.

⁵⁸⁷ Art. L.225-102-1 C.com., al.5^{ème} : « Il comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités. »

⁵⁸⁸ ORSE, *Comment rendre compte dans les rapports extra-financiers des relations avec les parties prenantes ? État des lieux des pratiques des entreprises en France à partir de quelques rapports annuels ou RSE, Complément au guide publié en 2010*, février 2014, p. 5.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ Art.L.225-102-1 C.com., modifié par la Loi n°2018-938 du 30 octobre 2018 - art. 55.

de travail des salariés. Par conséquent, les accords collectifs en matière de diversité, faisant presque toujours référence à la notion de performance dans leur préambule, répondent parfaitement aux exigences issues de cet article du Code de commerce. La déclaration mentionnée par l'article L.225-102-1 du Code de commerce fait partie des documents exigés dans le cadre de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise, conformément à l'article L.2312-25 du Code du travail⁵⁹¹.

Constatons toutefois que, pour certains, l'effort accru de réglementation peut produire un effet inverse à celui recherché : certaines entreprises se limitent à appliquer passivement la loi, en accomplissant le minimum sans faire montre d'un réel engagement, ce qui résulte en une obligation « à « dire » et non à « faire », de sorte que son impact réel sur l'évolution des consciences et des pratiques est limité », tandis que la RSE peut devenir beaucoup plus efficace si elle est perçue comme « une interprétation proactive et non minimaliste des règles juridiques »⁵⁹².

Un autre exemple est celui du bilan social qui, à l'origine, n'était pas un document obligatoire et relevait plutôt de la RSE : son objectif était d'afficher un meilleur comportement, ainsi que d'ajouter une dimension humaine à l'entreprise. La loi de 1978⁵⁹³ a imposé aux entreprises de plus de 299 salariés l'élaboration d'un bilan social et, selon certains auteurs, ceci « a entraîné la disparition d'éléments que les directions ont hésité à intégrer et qu'elles ont finalement retirés »⁵⁹⁴ : la transformation du bilan en obligation légale a « tué » l'aspect créatif de cet instrument et a limité son intérêt à un document administratif légal. Un parallèle avec la notion de diversité elle-même nous semble évident sur ce point : la consécration juridique de la notion pourrait renforcer sa présence, mais aussi limiter son intérêt et sa portée. Même si nous remarquons, dans le cadre des accords collectifs, que l'on reste dans les critères discriminatoires

⁵⁹¹ Art. L. 2312-25 C.tr., modifié par la Loi n°2017-1837 du 30 décembre 2017 - art. 86 (V).

À défaut d'accord d'entreprise, la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise est annuelle, art. L.2312-22 du C.tr., créé par l'Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 - art. 1.

⁵⁹² Frémeaux Sandrine, Noël-Lemaître Christine, « Une analyse philosophique du management de la RSE : de la difficile conciliation entre l'ordre économique, l'ordre juridique et l'ordre moral », *Management & Avenir*, vol. 73, n°7, p. 107.

⁵⁹³ Loi n°77-769 du 12 juillet 1977 relative au bilan social de l'entreprise.

À la suite de l'art.1^{er} de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, l'article L2317-2 est créé. Il dispose : « En l'absence d'accord prévu à l'article L. 2312-19, le fait, dans une entreprise d'au moins trois cents salariés ou dans un établissement distinct comportant au moins trois cents salariés, de ne pas établir et soumettre annuellement au comité social et économique le bilan social d'entreprise ou d'établissement prévu à l'article L. 2312-14 est puni d'une amende de 7 500 €. »

⁵⁹⁴ Nadège Caussé, *op.cit.*, pp. 80-81.

déjà réglementés par la loi, la fluidité de la notion permet aux entreprises qui le souhaitent d'aller plus loin.

B) La contractualisation de la diversité : l'ANI de la « diversité dans l'entreprise » et les accords RSE-diversité

116. S'agissant des démarches RSE, nous nous référons notamment aux démarches unilatérales comme les chartes éthiques. Comme le précise d'ailleurs la circulaire du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur⁵⁹⁵, l'adoption d'une charte ou d'un code éthique fait partie des modes d'expression du pouvoir de direction de l'employeur. De plus, leur statut juridique est flou et dépend largement du choix de l'employeur de les rattacher ou non au règlement intérieur (lorsque les thématiques abordées font partie de son champ matériel)⁵⁹⁶. La Charte de la Diversité ou le Label sont des instruments qui, tout en impliquant les partenaires sociaux des salariés dans un stade ultérieur de bilan ou de mise en place, demeurent une démarche unilatérale à l'initiative du patronat et des partenaires sociaux patronaux.

La démarche contractuelle est moins habituelle pour la RSE mais elle est peut-être la plus déterminante. En effet, les partenaires sociaux peuvent agir comme intermédiaires entre les normes RSE et le Droit à travers l'adoption des conventions collectives et, une fois que la convention soit étendue par la puissance publique, elle acquiert le statut de règle de droit⁵⁹⁷. Dans ce cadre, une thématique considérée RSE comme la diversité acquiert un statut tout à fait différent : nous pouvons le constater à travers l'ANI relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006⁵⁹⁸, qui s'inscrit dans la suite de l'ANI relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁵⁹⁹ et l'ANI relatif à l'emploi des seniors de 2005⁶⁰⁰. Pour certains auteurs, l'adoption des ANI sur des thématiques relevant

⁵⁹⁵ Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, p. 5.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁵⁹⁷ Bernard Billaudot, « L'illusion de l'autonomie de la coordination par le contrat vis-à-vis de toute action collective : l'ambivalence de la RSE », in *La Responsabilité Sociale de l'Entreprise : Nouvelle régulation du capitalisme ?*, Nicolas Postel, Didier Cazal, Frédéric Chavy, Richard Sobel (eds.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2011, pp. 35-37.

⁵⁹⁸ Accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006.

⁵⁹⁹ Accord national interprofessionnel relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 1^{er} mars 2004.

⁶⁰⁰ Accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi.

traditionnellement de la RSE sert de support pour la mise en œuvre de la RSE dans l'entreprise et contribue à l'acclimatation de la RSE dans le droit⁶⁰¹.

La démarche incitative et volontaire se concrétise par le biais du dialogue social. L'ANI diversité constitue un outil de contractualisation au service de l'objectif d'autorégulation poursuivi par la RSE⁶⁰² et dont les partenaires sociaux sont les acteurs indispensables. Bien que l'accord ne fasse pas référence à la RSE en soi, dans son préambule, les parties signataires déclarent que sur un sujet comme la diversité, « la loi ne peut pas tout ». Pour faire progresser la diversité dans l'entreprise il faut aller plus loin et impliquer tous les acteurs concernés, « entrepreneurs, salariés, représentants des organisations syndicales, clients »⁶⁰³. L'on retrouve ce double rôle des partenaires sociaux : ils interviennent pour la création de cet ANI mais leur rôle se poursuit bien après et est crucial pour sa mise en œuvre au niveau de l'entreprise. Selon l'article 2 de l'ANI, la sensibilisation des partenaires sociaux au niveau des branches ainsi que des salariés et de leurs représentants « constitue le préalable à toute démarche de changement ». De plus, « l'implication, dans cette mobilisation, des instances représentatives du personnel, dans les entreprises qui en sont dotées, est un facteur de sa réussite ». En outre, les représentants élus des salariés doivent être informés sur les « procédures adaptées » pour assurer un recrutement exempté de discriminations et visant la diversité (article 3).

117. L'ANI en matière de diversité nous conduit à nous interroger sur le statut juridique de la RSE quant aux dispositions négociées et adoptées par les partenaires sociaux. Le droit du travail présente la particularité de ne pas émaner exclusivement de l'État, et au niveau national et interprofessionnel, les partenaires sociaux peuvent négocier et adopter des accords bien contraignants, avec ou sans invitation étatique. En l'espèce, les partenaires sociaux ont pris l'initiative de négocier et conclure un accord en matière de diversité, sans invitation étatique préalable à l'accord, ni intervention législative par la suite. Par conséquent, si un accord collectif valablement conclu au niveau national et interprofessionnel porte sur une thématique RSE et comporte des dispositions contraignantes, ceci peut, selon certains, justifier l'abstention de l'État de se prononcer ou légiférer en la matière⁶⁰⁴. Toutefois, l'existence d'un ANI n'a pas

⁶⁰¹ Mathilde Caron, Céline Regulski, « Responsabilité sociale des entreprises et contractualisation des relations de travail : Réflexions à partir de trois accords nationaux interprofessionnels français », in *La Responsabilité Sociale de l'Entreprise : Nouvelle régulation du capitalisme ?*, Nicolas Postel, Didier Cazal, Frédéric Chavy, Richard Sobel (eds.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2011, pp. 183-185.

⁶⁰² *Ibid.*, p182.

⁶⁰³ Cela fait écho à la notion de « parties prenantes » de la Commission Européenne.

⁶⁰⁴ Mathilde Caron, Céline Regulski, *op.cit.*, p. 182.

empêché l'État d'intervenir concernant l'emploi des seniors : l'ANI de 2005⁶⁰⁵ a été suivi par la loi de financement de la sécurité sociale de 2008⁶⁰⁶ comportant certaines mesures en faveur de l'emploi des seniors, ainsi que par un décret sur la mise en œuvre du dispositif CDD seniors prévus par l'ANI⁶⁰⁷. De même, l'ANI de 2004 relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle a été suivi par la loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. En revanche, l'ANI en matière de Diversité n'a pas provoqué la même réaction de la part du législateur et la mise en œuvre des dispositions de l'ANI demeure à la discrétion des partenaires sociaux aux différents niveaux de la négociation collective.

Cette analyse suscite des interrogations : est-ce que nous pouvons toujours nous situer au sein du domaine de la RSE lorsque la démarche n'est plus volontaire mais imposée ? Pourquoi l'État n'a-t-il pas choisi de s'emparer, même partiellement, de la thématique de la diversité à la suite de l'ANI ? Est-ce que l'ANI a été estimé suffisant et ne nécessite pas une régulation supplémentaire ou la thématique, n'ayant pas perdu son caractère flou et controversé, semble-t-elle être mieux traitée entre les mains des partenaires sociaux dans le cadre du dialogue social ? Il est compliqué de répondre de façon définitive à ces questions. Toutefois, nous pouvons examiner l'impact que l'ANI a eu et évaluer s'il est parvenu à produire les résultats escomptés par les partenaires sociaux du niveau national et interprofessionnel.

118. Concernant la place de la RSE en matière de diversité, nous pouvons constater que certains éléments ne peuvent plus être qualifiés de RSE puisqu'ils émanent des dispositions contraignantes de l'ANI. Par exemple, les branches et entreprises qui ont négocié ou adopté des accords suivant les articles 9 et 10A⁶⁰⁸ de l'ANI répondent à une obligation d'agir en matière

⁶⁰⁵ Accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi.

⁶⁰⁶ Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009.

⁶⁰⁷ Décret n°2006-1070 du 28 août 2006 aménageant les dispositions relatives au contrat à durée déterminée afin de favoriser le retour à l'emploi des salariés âgés.

V. aussi Mathilde Caron, Céline Regulski, *op.cit.*, p. 190.

⁶⁰⁸ Article 9 : « Sans préjudice du respect des dispositions prises en application de l'article L. 132-5-2 du code du travail, les branches prendront les dispositions propres à assurer la promotion de la diversité et le respect de l'égalité de traitement notamment dans les différentes négociations qu'elles ouvriront (principe d'intégration transversale). » Article 10 A : « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 422-1-1 du code du travail, les entreprises mettront en œuvre les principes directeurs et les dispositions du présent accord. Elles s'assureront que leur règlement intérieur ne comporte pas de dispositions contraires aux principes directeurs et aux dispositions du présent accord. A défaut d'accord collectif de branche ou d'entreprise organisant un dialogue et des échanges sur la diversité l'égalité des chances et de traitement dans l'entreprise, avec les représentants des salariés, le chef d'entreprise présentera au comité d'entreprise, dans les entreprises qui en sont dotées, une fois par an, à l'occasion de l'une des réunions consacrées à son information sur la situation de l'emploi prévues par l'article L. 432-4-1 du code du travail, les éléments permettant de faire le point sur la situation en la matière. Compte tenu de l'importance qui

de diversité ; par conséquent, il ne s'agit plus d'une démarche RSE, dans le sens où cette action ne dispose plus du caractère volontaire intrinsèque à la RSE. D'un autre côté, l'article 10B suit une approche que nous pouvons catégoriser comme RSE puisque, concernant « les entreprises non assujetties à la réglementation sur les comités d'entreprise », les parties signataires se limitent à « souhaiter » que « le sujet de la diversité soit abordé une fois par an avec les délégués du personnel, dans les entreprises qui en sont dotées ». Par conséquent, les entreprises qui entrent dans cette catégorie ne sont pas tenues d'agir en matière de diversité même si cela est « souhaitable ». L'initiative d'agir de leur part constitue, par conséquent, une manifestation de la RSE. L'ANI semble opérer lui-même la distinction dans son article 11, qui détermine quelles clauses sont impératives : effectivement, les articles 9 et 10A en font partie, à l'opposé de l'article 10B ou encore de l'article 8 relatif au recensement et la diffusion des bonnes pratiques.

Le résultat le plus important pour la RSE issue de l'ANI diversité est l'intégration des problématiques RSE au sein des accords collectifs qui ont suivi l'ANI de 2006. Songeons notamment à l'exemple de l'appropriation, par les partenaires sociaux, du Label Diversité, une initiative RSE unilatérale de l'employeur. En effet, un instrument comme le Label Diversité acquiert une importance particulière lorsque son obtention est promue par un accord collectif. Par exemple, selon l'accord de branche du personnel des institutions de retraites complémentaires du 19 octobre 2015 relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances, « les groupes paritaires de protection sociale sont incités à obtenir le « Label Diversité ». L'accord met en place un « coordinateur diversité » chargé de la coordination des actions prises en matière de diversité qui devra, parmi d'autres fonctions, « assurer la promotion et le suivi du Label Diversité, en vue de son obtention par les entreprises de la branche » (article 2.2). Pour cet accord, ainsi que pour l'accord de branche des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers du 19 avril 2018 relatif à la diversité et à l'égalité des chances⁶⁰⁹, l'obtention du label et le pourcentage de salariés couverts par le Label Diversité font partie des indicateurs pour l'évaluation et le suivi de l'accord. Dans ce cadre, les

s'attache à la question de la diversité, les délégués du personnel ou une représentation de ces derniers lorsque leur nombre est supérieur à celui des membres élus du comité d'entreprise et les délégués syndicaux, dans les entreprises qui en sont dotées, seront associés à ce point de l'ordre du jour de la réunion du comité d'entreprise qui, à cette occasion, se constituera en "comité élargi de la diversité". »

⁶⁰⁹ Accord de branche des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers relatif à la diversité et à l'égalité des chances du 19 avril 2018.

partenaires sociaux ne se limitent pas à promouvoir l'obtention du label, ils le transforment en indicateur de la réussite de leur accord de branche.

Le Label lui-même est référencié dans un grand nombre d'accords : son obtention et/ou son renouvellement étant souvent présentés comme une preuve de l'engagement de l'entreprise en matière de diversité. Par exemple, les accords des entreprises VCF Habitat IDF⁶¹⁰, SICRA Ile de France⁶¹¹ et GTM Bâtiment⁶¹² sur l'égalité professionnelle stipulent expressément, en employant la même formule, que les entreprises s'engagent sur le terrain social et mènent une politique active en faveur de la diversité, de l'égalité des chances et de la non-discrimination, « pour preuve l'obtention du Label Diversité en juillet 2019. »

119. **Les accords diversité - RSE.** Outre les accords diversité dans lesquels des instruments RSE sont promus, il existe également des accords collectifs focalisés sur la RSE qui intègrent la diversité dans cette optique. Par exemple, l'accord du groupe Casino sur la RSE de 2014⁶¹³ consacre son article 9 à la diversité, malgré l'existence d'un accord du groupe distinct traitant exclusivement de la diversité. Ayant pour but « d'aller au-delà » des prescriptions légales, la diversité apparaît comme un élément structurant du volet social de la RSE du groupe. Ainsi, en plus de la signature de la Charte, de la négociation de l'accord sur la diversité et de l'obtention du Label depuis 2009 (renouvelé en 2012 et en 2016)⁶¹⁴, l'accord propose également la création d'une Charte de lutte contre les discriminations liées à l'apparence physique, élaborée en collaboration avec les organisations syndicales représentatives, la diffusion d'un guide de référence sur la promotion de la diversité et la poursuite des engagements en faveur des jeunes des quartiers.

Suivant la même logique, l'accord d'entreprise de Merck Santé de 2010 intitulé « Accord à Vivre- responsabilité sociale d'entreprise » intègre la diversité dans ses thématiques RSE, en mettant l'accent sur six aspects : l'emploi des seniors, la diversité selon les origines, l'emploi des salariés handicapés, l'accueil des jeunes, l'égalité hommes/femmes et les nouvelles formes de travail. Un autre exemple est celui de l'accord en faveur de la diversité et contre les

⁶¹⁰ Accord d'entreprise de VCF Habitat IDF sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 29 septembre 2020.

⁶¹¹ Accord d'entreprise de SICRA Ile de France sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 7 février 2020.

⁶¹² Accord d'entreprise de GTM Bâtiment sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 26 juin 2020.

⁶¹³ Accord Groupe Casino sur la responsabilité sociale d'entreprise du 18 avril 2014.

⁶¹⁴ Groupe Casino, *Document de référence 2017 – Chapitre 8 Responsabilité sociale d'entreprise (RSE)*, Paris, 9 mars 2018, p. 270 et s.

discriminations de l'électricité de Strasbourg⁶¹⁵ : cet accord, bien qu'il ne se nomme pas « RSE », se place dans le cadre d'un accord RSE dès son préambule, où les partenaires sociaux soulignent leur prise d'initiative et le fait qu'ils n'ont pas « attendu la formulation d'une politique de RSE pour développer dans de nombreux domaines des actions et des postures responsables ». Le contenu de l'accord se fonde sur la RSE⁶¹⁶ et utilise sa terminologie en mentionnant des « bonnes pratiques » pour faire progresser la diversité, les rapports de l'Institut Montaigne, la Charte de la Diversité et un « cahier des charges » pour accomplir ces engagements.

120. **Conclusion.** La diversité peut se présenter sous différentes facettes. Sous le prisme juridique, elle se transforme en véritable politique du droit antidiscriminatoire. Sous le prisme de la RSE, elle répond à des objectifs différents dépassant le cadre juridique antidiscriminatoire et tentant d'aller plus loin par l'utilisation d'instruments tels que les Chartes et les Labels. Un travail conceptuel nous paraît indispensable en ce qui concerne du droit français. Bien que l'exemple des pays anglo-saxons puisse servir d'inspiration, l'objectif n'est pas de parvenir à l'acceptation d'une diversité à l'américaine. Il convient toutefois de développer un certain encadrement qui faciliterait la tâche des partenaires sociaux et le déroulement du dialogue social. Pour le moment, les partenaires sociaux, à travers la négociation collective, choisissent de traiter le concept de diversité afin de satisfaire à différents objectifs, légaux et de RSE, en les abordant sous un prisme de complémentarité.

⁶¹⁵ Accord en faveur de la diversité et contre les discriminations de l'électricité de Strasbourg du 23 février 2007. Selon le rapport d'activité 2017 de l'Électricité de Strasbourg, l'accord a été « transposé » à ÉS Énergies Strasbourg le 28 juin 2010 et à Strasbourg Électricité Réseaux le 14 novembre 2017. Une démarche citoyenne a par la suite succédé à l'accord. Rapport de gestion du Conseil d'administration sur l'exercice social 2017- Données sociales, environnementales et sociétales du groupe ÉS, p. 39.

⁶¹⁶ Par accord RSE nous nous référons à des accords qui ne s'inscrivent pas dans le cadre des obligations légales. L'accord en cause ne mentionne que très brièvement les lois sur le handicap dans l'objectif de renforcer sa démarche RSE. Il se fonde presque exclusivement sur la RSE.

Titre 2. Le rôle des partenaires sociaux, un rôle de négociateur

121. La négociation collective constitue indéniablement l'outil le plus efficace à la disposition des partenaires sociaux quant à la mise en œuvre de la diversité au travail. La possibilité de négocier et conclure des accords collectifs permet un encadrement de la notion et de son contenu. La négociation collective en matière de diversité suit une voie qui lui est propre, puisque le législateur n'est pas intervenu pour encadrer cette thématique. Par conséquent, les partenaires sociaux disposent d'une liberté accrue dans la détermination du contenu et des objectifs en matière de diversité. Nous nous sommes fondés sur les accords collectifs de diversité pour définir le concept, les aspects de diversité que les partenaires sociaux prennent en compte ainsi que les mesures qu'ils mettent en place pour atteindre leurs objectifs. Il convient d'analyser les acteurs et le processus de la négociation collective en matière de diversité (chapitre 3) avant d'examiner en détail le contenu de ces accords (chapitre 4).

Chapitre 3. La négociation collective au service de la diversité

122. L'évolution législative, notamment depuis la loi Travail du 8 août 2016⁶¹⁷ modifiant la structure du Code du travail par le triptyque « ordre public », « champ de la négociation collective » et « dispositions supplétives » et, par la suite, les ordonnances du 22 septembre 2017⁶¹⁸ mettant en place le CSE et instaurant une nouvelle articulation des accords collectifs, a modifié profondément la structure des relations collectives du travail. La voie conventionnelle est privilégiée avec une hiérarchie d'accords collectifs promouvant le principe de proximité. En consacrant une logique de spécialisation des règles en fonction des intérêts propres à chaque entreprise, ces modifications marquent le passage d'un droit du travail universaliste à un droit du travail de proximité ou encore un « droit de l'entreprise »⁶¹⁹. Ce phénomène de décentralisation n'est pas exclusivement français ; au contraire, il s'agit d'une pratique européenne, promue par l'Union européenne dans le cadre du renforcement du dialogue social et adoptée par plusieurs États membres tels que l'Italie, l'Espagne, la Grèce, la Roumanie et la Slovénie⁶²⁰. Cette tendance nous invite à s'interroger sur l'avenir du droit du travail et l'évolution du rôle des partenaires sociaux, qui sont appelés à assumer de plus en plus de responsabilités, le législateur leur accordant une grande liberté dans la conception, le contenu et les règles procédurales de la norme conventionnelle. Pour certains, cette évolution n'est pas inoffensive. Par exemple, au sujet de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel⁶²¹, le Professeur Frédéric Guiomard s'interroge sur le sens de l'association de plus en plus étroite des partenaires sociaux à l'élaboration des textes, révélatrice d'une « volonté d'instrumentaliser les partenaires sociaux aux finalités poursuivies par le pouvoir exécutif »⁶²².

123. En matière de diversité, bien que l'intervention du législateur soit souhaitable, notamment en ce qui concerne la définition et l'encadrement du contenu du terme, la prise des

⁶¹⁷ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁶¹⁸ Ord. n°2017-1385 et 2017-1386 du 22 sept. 2017.

⁶¹⁹ Grégoire Loiseau, « La conventionnalisation du droit du travail. Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », In *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 210.

⁶²⁰ Sylvaine Laulom, « From Decentralisation of collective bargaining to de-collectivisation of industrial relations systems », In *Collective bargaining developments in times of crisis*, Sylvaine Laulom (dir.), Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer, 2018, p. 17, p. 24 et s.

⁶²¹ Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

⁶²² Frédéric Guiomard, « Le rôle des partenaires sociaux en question ? Quelques enseignements de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel », *RDT*, 2018, p. 589.

décisions au niveau de la branche, et également au niveau de l'entreprise, restent le terrain le plus propice à l'adoption de mesures concrètes et adaptées aux besoins de chaque structure. Depuis l'ANI diversité de 2006, la diversité s'est intégrée graduellement dans le langage des partenaires sociaux et dans leurs thématiques de négociation. Du côté patronal, la diversité constitue déjà un objectif managérial ou, pour les signataires de la Charte et les candidats du Label Diversité, un engagement symbolique, et se concrétise à travers son apparition dans un accord collectif négocié et signé au sein de l'entreprise. Du côté des salariés, cette concrétisation implique l'inclusion de nouvelles démarches dans la politique antidiscriminatoire et pourrait équivaloir à un degré de protection et de contrainte plus élevé par rapport aux engagements managériaux ou RSE.

L'objectif de ce chapitre est de présenter les acteurs de la négociation collective en matière de diversité à différents niveaux (section 1) ainsi que l'importance de cette négociation pour la mise en place de la diversité sous une vision transversale et inclusive des enjeux contemporains (section 2).

Section 1. Acteurs et processus de la négociation collective en matière de diversité

124. « Face à la diversification et la complexité des questions posées, il faut privilégier les solutions négociées donc consensuelles, au plus près du terrain »⁶²³. Ceci se vérifie encore davantage en matière de diversité. En tant que thématique dépourvue de définition et d'encadrement légal, la volonté des acteurs, du côté du patronat ou du côté des salariés qui participeront à la mise en place des instruments négociés, est d'une importance vitale. Pour engager des négociations sociales au plan national ou international et afin de conclure des accords, il faut des acteurs reconnus, légitimes et volontaires qui acceptent d'échanger sur un sujet, en l'espèce sur la diversité (paragraphe 1). Les organisations syndicales semblent les acteurs les plus légitimes pour accomplir cette tâche, le droit de mener la négociation collective étant un élément essentiel de la liberté syndicale⁶²⁴, mais elles ne sont pas les seules. L'emploi des instruments négociés est crucial en matière de diversité, mais le prérequis est le déroulement d'une négociation fructueuse et effective, qui réussit à lier la négociation collective avec les objectifs d'égalité, de non-discrimination et de diversité (paragraphe 2).

⁶²³ Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail, Droit vivant*, Paris, Wolters Kluwer, 2020, p. 725.

⁶²⁴ CEDH, 21 nov. 2006, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n°34503/97, D. 2007. 410, obs. Renucci ; JCP 2007. II. 10038, note Marguenaud et Mouly ; JCP S 2006, n°51, 2012, note Cavallini.

Paragraphe 1. Les partenaires sociaux européens et français : les acteurs du dialogue social

125. En employant l'expression « partenaires sociaux », on a cherché à intégrer tous les acteurs qui peuvent être impliqués dans les démarches touchant à la diversité. Nous avons pu constater que parfois, les acteurs agissent seuls : c'est le cas de l'employeur qui prend l'initiative de signer la Charte de la Diversité ou une autre charte éthique, ou qui entame la procédure pour l'obtention du Label Diversité, ou encore du manager chargé du recrutement. Tel est également le cas des organisations syndicales, des représentants des salariés ou encore des salariés eux-mêmes, qui prendront l'initiative d'alerter ou d'agir lorsqu'ils constatent l'existence de comportements discriminatoires et/ou contraires aux engagements pris en matière de diversité⁶²⁵.

126. Très souvent, ces démarches unilatérales invitent au dialogue : l'obtention du Label exige l'intégration dans les démarches de représentants des salariés. La procédure de l'action de groupe en matière des discriminations exige le dialogue avec le côté patronal afin d'exiger que la discrimination cesse. Le dialogue social retrouve toutefois sa quintessence lorsque les partenaires sociaux entament les négociations pour l'adoption d'un accord collectif. Pour certains, la pertinence de l'espace de la négociation collective et du dialogue social dépend moins de l'objet et de l'espace où ce dialogue prend lieu que de la capacité des acteurs collectifs à se structurer dans cet espace et à y agir⁶²⁶, d'où l'importance d'examiner plus avant ces acteurs et leur rapport avec la diversité. Dans la négociation nationale, les acteurs ayant la capacité de conclure des accords collectifs sont identifiés, mais il n'en est pas de même dans la négociation internationale. Nous retracerons ainsi dans un premier temps les acteurs participant à cette négociation (A). Il faudra cependant insister davantage sur les organisations syndicales, négociateurs par excellence des accords collectifs, qui présentent une relation parfois conflictuelle avec la notion de diversité (B).

A) Des rôles divers et entrecroisés entre les acteurs

127. La diversité est une thématique de négociation au niveau international, européen et national, ce dont il résulte l'entrecroisement d'un grand nombre d'acteurs. Au niveau international, les acteurs sont nombreux et divers : des fédérations syndicales internationales et

⁶²⁵ V. chapitre 8.

⁶²⁶ Élodie Béthoux, Annette Jobert, Laure Machu, Arnaud Mias, « Le dialogue social dans l'espace européen. Branches, entreprises, territoires », In *Les nouveaux cadres du dialogue social. Europe et territoires*, Annette Jobert (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, Collection « Travail & Société », n°61, 2008, p. 15.

européennes, des syndicats nationaux, des comités d'entreprise européens (ci-après CEE) ou parfois des comités mondiaux. Les accords internationaux conclus en matière de diversité reflètent également cette grande diversité d'acteurs : il existe des accords négociés et signés avec des fédérations syndicales internationales⁶²⁷, avec le CEE⁶²⁸, avec des organisations syndicales européennes⁶²⁹, avec le CEE et une ou plusieurs organisations syndicales⁶³⁰.

128. **Droit de l'UE.** Nous nous intéressons notamment aux accords collectifs conclus au niveau européen et aux partenaires sociaux européens, ceux-ci bénéficiant d'un statut spécifique bien encadré par le législateur européen. Les partenaires sociaux occupent une place importante au sein du droit de l'Union Européenne et dans l'élaboration du dialogue social européen. L'art. 152 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) reconnaît leur autonomie, laquelle se traduit par l'élaboration et l'exécution des normes institutionnelles mais également par la production de leurs propres normes⁶³¹. Cette autonomie se traduit aussi par l'absence d'ingérence de la part des autorités de décision politique aux normes conventionnelles établies⁶³², ce qui reflète également la confiance placée dans « l'aptitude des partenaires sociaux à organiser les rapports de travail dans un espace européen »⁶³³. Il existe par conséquent deux types d'autonomie reconnus aux partenaires sociaux européens : « l'autonomie - liberté », qui se traduit par la consécration d'un espace de liberté au profit de l'autonomie collective et

⁶²⁷ Accord international pour la promotion du dialogue social et de la diversité et pour le respect des droits fondamentaux au travail du groupe Carrefour, signé par le PDG et la fédération internationale UNI Global Union, Convention du groupe Danone sur la diversité, du 8 juin 2007, signée par la Direction et l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation, de l'agriculture, de l'hôtellerie-restauration, du tabac et des branches connexes (UITA).

L'implication des organisations syndicales nationales dans la négociation et la signature des accords au niveau international est également possible, p.ex. Accord-cadre mondial sur les relations professionnelles internationales et la responsabilité sociale des entreprises de l'entreprise ENI du 6 juillet 2016, signé par le PDG, la fédération syndicale internationale IndustriALL Global et des syndicats italiens (Filctem CGIL, Femca CISL, Uiltec UIL).

⁶²⁸ Accord du comité d'entreprise européen de Sodexo relatif à la diversité et l'inclusion des seniors, 4 mars 2015, Joint Declaration for inclusion and Diversity, avec le comité d'entreprise européen du groupe Generali du 26 juin 2019.

⁶²⁹ Accord du Groupe Total sur l'égalité des chances du 1^{er} janvier 2006, signé par la CES et la CEC, accord européen du groupe ENGIE relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 21 décembre 2017, signé par IndustriAll, FSESP et FETBB.

⁶³⁰ Déclaration on inclusion, diversity and equality between men and women, avec le comité d'entreprise européen et la fédération européenne des syndicats de l'alimentation, de l'agriculture et du tourisme (Effat) du groupe Schreiber du 5 avril 2018.

⁶³¹ Mélanie Schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 31-32.

⁶³² Christophe Vigneau, « Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTD Eur.*, 2002, p. 653.

⁶³³ Frédérique Michéa, « État des lieux de la négociation collective européenne au niveau interprofessionnel. Entre construction et menaces systémiques », *La Revue de l'IREs*, 2018/3-1/2019 (n°96-97), p. 39-63.

« l'autonomie -fonction », qui se traduit par l'association des partenaires sociaux à l'élaboration et à l'exécution des normes juridiques communautaires⁶³⁴.

129. Quels acteurs peuvent être qualifiés de « partenaires sociaux européens » ? Comme le signale la Professeure Mélanie Schmitt, il n'existe pas de statut européen, ni de critère de représentativité pour constituer une organisation syndicale au niveau européen⁶³⁵. Toutefois, pour déterminer quelles organisations seront associées à la procédure de consultation, la Communication concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale⁶³⁶ demande aux organisations syndicales de cumuler les trois critères suivants : « être interprofessionnelles, sectorielles ou catégorielles et être organisées au niveau européen ; être composées d'organisations-elles-mêmes reconnues comme faisant partie intégrante des structures des partenaires sociaux des États membres, avoir la capacité de négocier des accords et être dans la mesure du possible, représentatives dans tous les États membres ; disposer de structures adéquates leur permettant de participer de manière efficace au processus de consultation ». Une liste fournie par la Commission européenne énumère les organisations syndicales ayant rempli ces critères. Au niveau interprofessionnel, il s'agit de BusinessEurope, représentant le patronat, de la Confédération Européenne des Syndicats (CES), représentant les salariés, et de SGI Europe, représentant la fonction publique. L'on retrouve également des organisations représentant des catégories spécifiques de personnel, visant spécifiquement les cadres (Confédération européenne des cadres (CEC), EUROCADRES (Conseil des cadres européens) et l'artisanat et les PME (SMEunited). Enfin, il existe un grand nombre d'organisations sectorielles couvrant différentes professions.

En ce qui concerne l'élaboration des accords collectifs européens, la représentativité des partenaires sociaux sera vérifiée par la Commission et le Conseil « au moment de l'adoption de la décision qui donne à l'accord son assise communautaire » : ceux-ci examineront la représentativité cumulée des parties signataires à un accord, le respect des intérêts représentés

⁶³⁴ Mélanie Schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, *op.cit.*, p. 191 et s., p. 242 et s.

⁶³⁵ Mélanie Schmitt, « Droit du travail de l'Union Européenne », In *Rép. trav.*, janvier 2011 (actualisation avril 2017), n°24 et 25.

⁶³⁶ Commission des communautés européennes, *Communication concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale présentée par la Commission au Conseil et au Parlement européen*, 14 déc. 1993, COM [1993] 600 final.

dans le contenu de l'accord, et le cas échéant, la prise en compte des intérêts des petites et moyennes entreprises⁶³⁷.

130. Cependant, pour la négociation au sein des entreprises transnationales, européennes et internationales, d'autres acteurs seront impliqués. Du côté patronal, le choix du représentant est simple et sa légitimité est tirée du pouvoir de contrôle de la société dominante⁶³⁸: il s'agit le plus souvent d'une ou plusieurs personnes représentant la Direction de l'entreprise dominante du groupe, par exemple le DRH, le PDG, le Directeur juridique, etc. Du côté des salariés, il est plus compliqué de trouver une instance légitime représentant l'ensemble de salariés d'une entreprise transnationale et habilitée à négocier en leur nom. La difficulté d'identifier un mandat clair pour les négociateurs internationaux renforce les questionnements sur leur légitimité⁶³⁹. Pour y remédier, une pratique des entreprises transnationales consiste à créer des instances représentatives transnationales afin de favoriser les échanges entre la Direction et les salariés.

Inspiré par cette pratique volontaire menée par les grandes entreprises multinationales, le législateur européen a souhaité opérer un cadrage institutionnel par la consécration du CEE⁶⁴⁰. La Directive du 22 septembre 1994⁶⁴¹ prévoit qu'un « CEE ou une procédure d'information et de consultation des travailleurs est institué dans chaque entreprise de dimension communautaire⁶⁴² et chaque groupe d'entreprises de dimension communautaire, dans le but d'informer et de consulter lesdits travailleurs ». Il convient de préciser que le CEE est, a priori, une instance de consultation et d'information, la Directive ne lui attribuant aucune capacité juridique de négocier des accords collectifs. Elle accorde seulement la possibilité de former un groupe spécial de négociation représentant, de façon équilibrée, les travailleurs des différents États membres et leur permettant de se concerter pour définir leurs positions par rapport à la

⁶³⁷ TPICE 17 juin 1998, UEAPME, aff. T-135/96, Rec. II. 2335. V. aussi, Marie-Ange Moreau, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.*, 1991, p. 53.

⁶³⁸ Mathilde Frapard, *La protection négociée des droits fondamentaux des travailleurs. Contribution à l'étude des accords d'entreprise transnationaux*, Thèse, Université de Strasbourg, p. 183 et s.

⁶³⁹ Sylvaine Laulom, Silvana Sciarra, « Quel cadre juridique pour les accords transnationaux d'entreprise ? », In *À droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon Caen*, Paris, Dalloz, 2018, p. 532, Mélanie Schmitt, « Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne », *Dr. ouvr.*, juillet 2019, n°852, p. 438.

⁶⁴⁰ Élodie Béthoux, « Le dialogue social transnational dans l'entreprise : dynamiques européennes », *op.cit.*, p. 190 et s.

⁶⁴¹ Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (révisée par Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009), art. 1^{er}.

⁶⁴² Définie par la Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, art.2., disposition transposée au droit français dans l'art. L.2341-1 C.tr. : « entreprise employant au moins mille travailleurs dans les États membres et, dans au moins deux États membres différents, au moins cent cinquante travailleurs dans chacun d'eux ».

négociation⁶⁴³. La directive du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne (SE)⁶⁴⁴ offre davantage de précisions sur la composition du groupe de négociation au sein d'une (SE) : les membres sont élus ou désignés en proportion du nombre de travailleurs employés dans chaque État membre par les sociétés participantes et les filiales ou établissements concernés, en allouant pour chaque État membre un siège par tranche de travailleurs employés dans cet État membre, qui représente 10 % du nombre de travailleurs employés par les sociétés participantes et les filiales ou établissements concernés dans l'ensemble des États membres⁶⁴⁵.

Il est certain que la négociation au niveau transnational et européen bouleverse les règles de représentativité en droit français. Au lieu de s'y opposer, il conviendrait de reconnaître l'existence d'un nouveau type d'accord au niveau de la négociation collective internationale : pour certains, le droit français pourrait faire preuve de plus de souplesse afin d'assurer une meilleure efficacité de ces instruments mais également afin de protéger davantage les intérêts des salariés, qui pourraient être touchés par les disparités découlant de la diversité des régimes juridiques⁶⁴⁶.

131. **Droit français.** Au sein de l'entreprise, les organisations syndicales assument le rôle de négociateur principal. Les organisations implantées dans l'entreprise, représentatives ou pas, regroupent leurs adhérents au sein d'une section syndicale. La capacité de négocier et conclure des accords n'est, en revanche, accordée qu'aux organisations syndicales ayant rempli les critères de représentativité. La loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a réécrit le droit de la représentativité syndicale par la modification des critères de représentativité et, notamment, par l'intégration du critère de l'audience⁶⁴⁷.

L'article L.2121-1 du Code du travail prévoit sept critères cumulatifs : « 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de

⁶⁴³ Directive 94/45/CE, *op.cit.*, cons. 26. En droit français, art. L. 2344-1 C.tr.

⁶⁴⁴ Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, art. 2.

⁶⁴⁶ Rémi Dupiré, « Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial », *JCPS S*, 2014, 1066.

⁶⁴⁷ V. aussi François Cesaro, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S*, n°22, 29 mai 2012, p. 1237, Bernard Gauriau, « Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale », *JCP S*, n°11, 15 mars 2011, p. 1116.

négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations. ». L'audience est évaluée différemment selon le niveau de la négociation : au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, les organisations syndicales doivent avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique⁶⁴⁸; au niveau du groupe, l'audience est calculée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés⁶⁴⁹; dans les branches professionnelles, les organisations syndicales doivent avoir recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés résultant de l'addition au niveau de la branche, d'une part, des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités sociaux et économiques, et, d'autre part, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés⁶⁵⁰; enfin, au niveau national et interprofessionnel sont représentatives les organisation syndicales ayant recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés résultant de l'addition au niveau national et interprofessionnel des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités sociaux et économiques, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés, ainsi que des suffrages exprimés aux élections des membres représentant les salariés aux chambres départementales d'agriculture⁶⁵¹.

132. Au sein des entreprises d'au moins cinquante salariés⁶⁵², lorsque l'organisation syndicale remplit les critères de représentativité et constitue une section syndicale, elle peut désigner son délégué syndical : il s'agit de la personne qui joue un rôle central dans l'entreprise et constitue « l'interlocuteur obligé » de l'employeur en matière de négociation collective⁶⁵³. Les critères d'éligibilité et d'élection sont définis par la loi. Selon l'article L.2143-1 du Code du travail, pour être éligible, le délégué syndical doit être âgé de dix-huit ans révolus, travailler dans l'entreprise depuis un an au moins (délai réduit à quatre mois en cas de création d'entreprise) et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses

⁶⁴⁸ Art. L.2122-1 C.tr.

⁶⁴⁹ Art. L.2122-4 C.tr.

⁶⁵⁰ Art. L.2122-5 C.tr.

⁶⁵¹ Art. L.2122-9 C.tr.

⁶⁵² Cet effectif doit être atteint pendant les douze mois consécutifs précédant la désignation. L. 2143-3 al.3 C.tr., Cass. soc. 29 mai 2019, n°18-19.890 P:RJS 8-9/2019, n°502; JCP S 2019. 1238, obs. Bossu.

⁶⁵³ Jean-Emmanuel Ray, *op.cit.*, p. 595.

droits civiques. Sont également exclus les salariés qui remplissent des fonctions de représentant de l'employeur, en présidant par exemple le CSE⁶⁵⁴.

Quant aux critères d'élection, le délégué syndical doit être désigné parmi « les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel et dans leur collège au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité social et économique »⁶⁵⁵. Il s'agit d'une disposition d'ordre public, les OS représentatives doivent en priorité choisir leur délégué syndical parmi les candidats ayant atteint ce résultat⁶⁵⁶. Il bénéficie ainsi d'une double légitimité, une légitimité organique qu'il tire de son appartenance à un syndicat représentatif et une légitimité personnelle qu'il tire de son résultat aux élections. L'objectif est d'assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts et à conduire les négociations pour leur compte⁶⁵⁷. Les dispositions de l'al. 2 de l'art. L.2143-3 du Code du travail vont s'appliquer en l'absence de candidats ayant obtenu 10% ou encore dans l'hypothèse où les candidats élus renonceraient à leur droit : les organisations syndicales devront choisir parmi les autres candidats⁶⁵⁸ ou, à défaut, parmi leurs adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement, ou parmi ses anciens élus. En fournissant ces options supplétives, la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 a souhaité faciliter la désignation du délégué syndical. Enfin, la possibilité de désigner un délégué syndical supplémentaire est prévue pour les entreprises d'au moins cinq cents salariés⁶⁵⁹ et, en présence des entreprises d'au moins deux mille salariés comportant au moins deux établissements d'au moins cinquante salariés, il est possible de désigner un délégué syndical central d'entreprise, distinct des délégués syndicaux d'établissement⁶⁶⁰.

133. Quant à la conclusion d'un accord collectif, les règles du droit commun s'appliquent. Pour être valide, un accord doit remplir plusieurs critères : être conclu par les acteurs légitimes

⁶⁵⁴ La jurisprudence rendue sous l'ancien régime des IRP a bien signalé l'incompatibilité entre la fonction du délégué syndical et la présidence du comité d'entreprise Cass. soc. 24 juin 1998, n°96-60.352 ; *RJS* 1998. 640, n°1012.

⁶⁵⁵ L. 2143-3 C.tr.

⁶⁵⁶ Cass. soc. 29 mai 2013, FS-P+B, *D. act.* 24 juin 2013, obs. Fleuriot; *JCP S* 2013. 1316, obs. Pagnerre.

⁶⁵⁷ Ylias Ferkane, « Droit du travail », *D.*, 2020, p. 2312.

⁶⁵⁸ Cette option n'exige pas de l'organisation syndicale de proposer la désignation à tout candidat de toute liste ayant obtenu au moins 10%. Cass. s Soc. 8 juill. 2020, n°19-14.605 P: *RJS* 10/2020, n°482; *JCP S* 2020. 3012, *Cass. soc.* 16 septembre 2020, n°19-15.359.

⁶⁵⁹ L. 2143-4 C.tr.

⁶⁶⁰ L. 2143-5 C.tr.

présentés ci-dessus⁶⁶¹, être un acte écrit rédigé en français⁶⁶², remplir les critères de notification, de publicité et de dépôt prévus par la loi⁶⁶³ et ne pas avoir fait l'objet d'une opposition majoritaire⁶⁶⁴. Le critère décisif est bien évidemment le nombre de signatures acquises : la validité d'un accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli aux élections au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues comme représentatives au niveau interprofessionnel⁶⁶⁵ et au niveau de branche⁶⁶⁶ et au moins 50% au niveau d'entreprise⁶⁶⁷. Au niveau de l'entreprise, les règles changent lorsque d'autres acteurs interviennent.

134. **Les autres acteurs de la négociation collective en entreprise.** Au niveau national et interprofessionnel, ainsi qu'au niveau de la branche, les organisations syndicales maintiennent leur monopole de négociateurs. Tel n'est pas le cas pour le niveau de l'entreprise, où d'autres acteurs peuvent intervenir. La priorité accordée à la négociation collective sur un grand nombre de sujets, depuis les ordonnances de 2017, n'a pas nécessairement été accompagnée par un renforcement des organisations syndicales au niveau de l'entreprise. Un paradoxe apparaît, avec d'un côté la faiblesse syndicale (l'on constate notamment un émiettement des organisations syndicales de salariés et un taux de syndicalisation en baisse) et de l'autre côté, une forte sollicitation en matière de négociation collective⁶⁶⁸. Bien que l'article L. 2132 -2 du Code du travail consacre que « les organisations de salariés constituées en syndicats professionnels sont seules admises à négocier les conventions et accords collectifs de travail », se produit une diversification importante des agents de négociation⁶⁶⁹. La négociation et l'adoption des accords collectifs, relevant a priori d'un monopole syndical⁶⁷⁰, est désormais de plus en plus accessible à d'autres acteurs au sein de l'entreprise. Bien que le délégué syndical demeure l'interlocuteur principal, une évolution graduelle a progressivement permis à d'autres

⁶⁶¹ Art. L.2231-1 et L. 2231-2 C.tr.

⁶⁶² Art. L. 2231-3 et L.2231-4 C.tr.

⁶⁶³ Art. L.2231-5 à L.2231-7 C.tr.

⁶⁶⁴ Art. L.2231-9 C.tr.

⁶⁶⁵ Art. L.2232-2 C.tr.

⁶⁶⁶ Art . L.2232-6 C.tr.

⁶⁶⁷ Art. L.2232-12 C.tr.

⁶⁶⁸ Jean-Christophe Schiberras, « Comment renforcer le dialogue social en France ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 224, Ylias Ferkane, « Syndicats et négociation collective », *Dr. soc.*, 2020, p. 119.

⁶⁶⁹ Ylias Ferkane, « Syndicats et négociation collective », *op.cit.*

⁶⁷⁰ V. par exemple en ce sens Cass. crim. 18 nov. 1997, n°96-80.002 : la conclusion d'accords entre l'employeur et des institutions représentatives du personnel distinctes des organisations syndicales peut constituer le délit d'entrave prévu et réprimé par les articles L. 2141-4 et L. 2146-1 du Code du travail lorsqu'elle a eu pour objet ou pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective.

interlocuteurs d'intervenir, notamment en l'absence d'organisation syndicale représentative au niveau de l'entreprise.

Pour les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et cinquante salariés, l'article L.2232-23-1 du Code du travail prévoit les deux possibilités suivantes pour négocier, conclure, réviser ou dénoncer un accord valide, en l'absence de délégué syndical. Premièrement, l'opération peut être accomplie par un ou plusieurs salariés mandatés. Le salarié peut être membre ou non de la délégation du personnel et doit recevoir le mandat de la part d'une organisation syndicale représentative dans la branche ou, à défaut, d'une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, une même organisation ne pouvant mandater qu'un seul salarié. Dans la seconde hypothèse, peuvent intervenir un ou plusieurs membres « titulaires » de la délégation du personnel du comité social et économique. Lorsque l'accord est conclu par un salarié, mandaté ou non, faisant partie de la délégation du personnel du CSE, la validité de l'accord est subordonnée à la signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés. Dans l'hypothèse du salarié mandaté qui n'est pas membre de la délégation du personnel, un référendum doit être organisé afin d'obtenir l'approbation des salariés.

135. Un régime similaire s'applique aux entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés. Il convient de distinguer deux hypothèses. Dans la première hypothèse, l'entreprise dispose d'un CSE et la tâche de négocier et conclure un accord revient aux membres titulaires de la délégation du personnel. Ceux-ci peuvent être mandatés expressément à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Dans ce cas, la validité de l'accord sera subordonnée à son approbation par les salariés par la voie référendaire⁶⁷¹. Lorsque les membres du CSE n'ont pas été mandatés, ils peuvent également entamer les négociations et conclure un accord collectif. Toutefois, la validité de l'accord sera ici subordonnée à la signature par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés⁶⁷².

⁶⁷¹ Art. L.2232-24 C.tr.

⁶⁷² Art. L.2232-25 C.tr.

Dans la seconde hypothèse, l'entreprise est dépourvue de délégué syndical et aucun membre de la délégation du personnel du CSE n'a manifesté son souhait de négocier. Il faudra par conséquent s'adresser à un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel⁶⁷³. La validité de cet accord est également subordonnée à l'approbation référendaire.

Selon notre vision étendue du terme « partenaires sociaux », l'implication de salariés mandatés et des membres du CSE dans la négociation et la conclusion des accords collectifs permet de leur accorder ce titre. Toutefois, leur statut n'est en aucun point similaire à celui des organisations syndicales représentatives, ce qui est davantage montré par les conditions de validité de l'accord signé par ces négociateurs dérogatoires. Leur signature n'est pas suffisante en elle-même pour valider un accord, le législateur ayant prévu une règle de validité différente attachée à chaque négociateur afin de renforcer sa légitimité⁶⁷⁴. En outre, les organisations syndicales ne se trouvent pas en compétition directe avec ces acteurs alternatifs de négociation, ces-derniers n'intervenant qu'en leur absence. Toutefois, l'utilisation de plus en plus extensive du référendum risque de modifier les dynamiques et, potentiellement, le rapport de forces caractérisant le processus de la négociation collective, d'où le fait qu'elle doit être examinée plus précisément.

136. **Référendum.** Avant la loi Travail du 8 août 2016, le recours au référendum était assez exceptionnel. Il était limité à des circonstances spécifiques, par exemple en présence d'un accord négocié par un salarié mandaté par un syndicat, en l'absence d'organisation représentative syndicale et d'élus en entreprise. Après la loi Travail, le champ d'application du référendum a été significativement élargi : l'article L.2232-12 du Code du travail prévoit désormais qu'un référendum peut être mis en place lorsqu'un accord a été voté par plus de 30 % des suffrages exprimés (sans attendre la majorité de 50% requise), par une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages. Ces organisations syndicales disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés dans l'objectif de valider l'accord. Si les organisations syndicales se joignent à l'accord, et que celui-ci obtient 50%, le référendum n'aura pas lieu. Si non, l'accord

⁶⁷³ Art. L. 2232-26 C.tr.

⁶⁷⁴ Patrice Adam, « Négociation collective sans délégué syndical : la loi de l'antiarithmétique », *SSL*, septembre 2019, n°1873, p. 5.

sera validé s'il est approuvé par la moitié des suffrages exprimés par les salariés. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit. Conçu comme un facilitateur de la négociation collective⁶⁷⁵, le référendum n'était pas censé menacer les organisations syndicales ni leur rôle de négociateur principal⁶⁷⁶. La loi de 2016 prévoyait en ce sens que seuls les partenaires sociaux eux-mêmes pouvaient déclencher le processus référendaire. Toutefois, l'ordonnance du 22 septembre 2017⁶⁷⁷ a également permis le référendum à l'initiative de l'employeur. Les syndicats majoritaires garderont toutefois la possibilité de s'y opposer.

Le référendum peut, en revanche, constituer la seule option pour les TPE dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés. Nouveauté issue de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, l'art. L. 2232-21 du Code du travail permet à l'employeur de proposer un projet d'accord ou un avenant de révision aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise, suivi par une consultation du personnel. Lorsqu'il est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide⁶⁷⁸. Ces dispositions s'appliquent également dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre 11 et 20 salariés, en l'absence d'élus. Nous constatons sur ce point une contradiction avec l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution, selon lequel tout travailleur participe, « par l'intermédiaire de ses délégués », à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

137. Est-il possible de prétendre que désormais, la collectivité de salariés fait également partie des partenaires sociaux lorsqu'un accord est validé par le biais d'un référendum ? Selon le Professeur Franck Petit, la loi montre clairement que « la collectivité des salariés ne devient pas partie au texte soumis, qui conserve son caractère d'accord collectif classique (avec, pour parties, l'employeur et les syndicats représentatifs). L'approbation souhaitée n'a pour effet que de parfaire la validité d'un acte naissant - en l'espèce un accord collectif déjà négocié et signé »⁶⁷⁹. D'autres auteurs craignent une surestimation des vertus du vote : notamment au sein des PME et de TPME, il sera compliqué de s'assurer que les salariés, subordonnés à leur employeur, disposent d'un vrai pouvoir en ce qui concerne les échanges ou encore le vote⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ Sachant qu'il est souvent compliqué d'atteindre les 50% requis par la loi.

⁶⁷⁶ Franck Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.*, 2016, p. 903.

⁶⁷⁷ Ord. n°2017-1385 du 22 sept. 2017, art. 10.

⁶⁷⁸ L. 2232-22 C.tr.

⁶⁷⁹ Franck Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *op.cit.*

⁶⁸⁰ Benjamin Dabosville, « Le référendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale », *Dr. ouvrier*, juillet 2019, n°853, p. 432.

Enfin, pour certains, le referendum représente moins une « démocratie sociale » qu'une banalisation du contournement des organisations syndicales par l'employeur⁶⁸¹.

Il faut admettre, en effet, qu'il est impossible d'accorder à la collectivité des salariés le statut de « partenaire social ». Toutefois, reconnaissons également que, par le biais du recours de plus en plus courant au référendum, ils se transforment en acteurs d'approbation et s'impliquent directement (et non pas par le biais de leurs représentants) dans cette relation collective : ainsi, les « représentés » interviennent directement dans l'édification de l'accord collectif⁶⁸².

B) Les organisations syndicales et la diversité : de la méfiance autour de la notion de diversité à son intégration dans les politiques antidiscriminatoires

138. Au niveau de l'UE, la diversité est une notion très promue dans le cadre de la RSE mais également de plus en plus dans un cadre juridique, comme nous l'avons constaté dans le chapitre précédent. Les organisations syndicales européennes emploient souvent le terme « diversité » dans leurs résolutions et communiqués et invitent les entreprises européennes à adopter des politiques en la matière.

Du côté patronal, le syndicat BusinessEurope, dans son rapport relatif à l'avenir de la dimension sociale en Europe⁶⁸³, présente la diversification de la main d'œuvre comme une solution face à la pénurie croissante de compétences en Europe et face aux taux de chômage élevés. Les politiques d'inclusion et de diversité peuvent servir à incorporer un nombre plus important de femmes, de seniors ou encore de migrants issus de pays tiers à l'UE, ce qui permettra aux employeurs d'accéder à un bassin de travailleurs plus large et plus diversifié. Pour BusinessEurope, les politiques de diversité sont également un prérequis pour affronter certains aspects spécifiques de la diversité, tels que l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁶⁸⁴. Pour réussir à atteindre ces objectifs, il revient aux entreprises de développer des politiques d'inclusion et de diversité. Les États membres ont également la responsabilité de

⁶⁸¹ Guillaume Gourgues, Karel Yon, « Référendums d'entreprise et conflictualité sociale. Éléments pour un bilan des réformes du droit du travail », *RDT*, 2018, p. 838.

⁶⁸² Valentino Armillei, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise*, Paris, Thèses, Lexis Nexis, 2018, p. 13

⁶⁸³ BusinessEurope, *The future of the social dimension in Europe*, juin 2019, p. 7 et 15, https://www.buisseurope.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/final_social_affairs_brochure_2019_0.pdf.

⁶⁸⁴ BusinessEurope, *Key issues to strengthen gender equality in Europe. Position paper*, décembre 2019, https://www.buisseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social_equality_position_paper.pdf.

prendre en considération la diversité du marché du travail lors de l'adoption de politiques sociales, comme par exemple en matière de droit de la sécurité sociale⁶⁸⁵.

Du côté de salariés, la Confédération Européenne des Syndicats (CES) considère que la diversité représente un véritable défi puisqu'un grand nombre de travailleurs ne parvient pas à accéder à des opportunités d'emploi de qualité et, à travers sa résolution de 2019⁶⁸⁶, tente d'explorer « les axes communs de la politique de diversité et d'inclusion et d'identifier les lacunes qui nécessitent un développement plus approfondi au niveau européen ». Pour la CES, les États membres et les partenaires sociaux doivent agir davantage à cet égard, notamment par le biais du dialogue social et de la négociation collective, qui demeurent les meilleures institutions « pour lutter contre la segmentation et rendre les marchés du travail inclusifs pour tous ».

139. En France, la perception de la diversité par les partenaires sociaux est plus nuancée. Pour obtenir une vision globale, nous avons choisi de présenter les positions des syndicats du côté patronal et du côté des salariés, syndicats reconnus comme représentatifs au niveau national et interprofessionnel à la suite des élections de 2021⁶⁸⁷.

En ce qui concerne les partenaires sociaux du côté patronal, la diversité était accueillie de façon plutôt positive. Comme notre 1^{er} chapitre le montre, dans le cadre de la mise en place des démarches en matière de diversité, l'employeur se fonde souvent sur le rapport entre les politiques de diversité et la performance globale (et surtout économique) de l'entreprise. Les syndicats patronaux semblent adopter une position similaire : par exemple, le Medef, dans son guide sur la mixité professionnelle⁶⁸⁸, opère un lien direct entre la diversité et la performance, en mettant en exergue l'importance de réunir « une diversité de points de vue, notamment une

⁶⁸⁵ BusinessEurope, *Adapting social protection systems to demographic change, modern labour markets and diverse life phases and choices. Policy orientation note*, 18 janvier 2021, https://www.besnesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2021-01-18_improving_social_protection_systems.pdf.

⁶⁸⁶ CES, Un marché du travail plus équitable pour l'Europe : Une vision de la CES, Résolution adoptée le 26 mars 2019, <https://www.etuc.org/fr/document/un-marche-du-travail-plus-equitable-pour-leurope-une-vision-de-la-ces-resolution>.

⁶⁸⁷ Haut conseil du dialogue social, *Présentation de la mesure d'audience syndicale au niveau national et interprofessionnel*, 26 mai 2021, Haut conseil du dialogue social, *Présentation de la mesure d'audience patronale au niveau national et interprofessionnel*, 7 juillet 2021.

⁶⁸⁸ MEDEF, *La mixité professionnelle H/F : un levier de performance, un accélérateur de modernisation*, septembre 2015, <https://www.medef.com/fr/actualites/envie-de-performance-des-dirigeants-temoignent-des-benefices-de-la-mixite-h-f>.

diversité de genre, pour apporter les bonnes réponses aux questions posées, créer de nouvelles visions, de nouveaux produits, de nouvelles opportunités ou encore réagir effectivement sous la pression du court terme sans oublier de prendre en compte la pérennité de l'entreprise à long terme ». La diversité se présente ainsi comme une solution pour affronter plus efficacement les nouveaux défis entrepreneuriaux. Le Medef s'est également impliqué dans la création du Code de gouvernement d'entreprise avec l'Association française des entreprises privées (Afepe)⁶⁸⁹. Ce Code, qui accorde une place centrale à la diversité, recommande aux conseils d'administration des entreprises de s'assurer « que les dirigeants mandataires sociaux exécutifs mettent en œuvre une politique de non-discrimination et de diversité au sein des instances dirigeantes ». La diversité fait également partie du rapport sur le gouvernement d'entreprise, qui doit contenir « la politique de diversité appliquée aux membres du conseil au regard de critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications et l'expérience professionnelle ».

Du côté des petites et moyennes entreprises, le syndicat CPME a entrepris certaines initiatives, plutôt au niveau départemental que national ; par exemple, la CPME du département de l'Hérault a organisé une remise de prix, dits « Distinctions » pour récompenser les actions remarquables mises en place au sein des TPE -PME, autour des piliers de la RSE, dont fait partie la Distinction « Diversité », la Distinction « Éthique » ou encore la Distinction « Engagement sociétal »⁶⁹⁰. Quant aux entreprises de proximité, le syndicat U2P s'intéresse notamment à la mixité, et ceci davantage qu'à la question de la diversité : les entreprises de l'artisanat et du commerce de proximité étant souvent des structures familiales, la place de la femme (dirigeante, salariée conjointe ou indépendante) et les fortes disparités sectorielles⁶⁹¹ se trouvent au cœur de leurs préoccupations.

Il convient de préciser que les organisations du Medef et de la CPME sont signataires de la Charte de la diversité au niveau de leur composantes nationales, mais également au niveau de certaines organisations départementales⁶⁹². En revanche, elles ont refusé de participer au groupe

⁶⁸⁹ MEDEF, *Focus sur la parité au sein des instances dirigeantes de gouvernance*, janvier 2021, <https://www.medef.com/uploads/media/node/0019/97/13517-focus-parite-au-sein-des-instances-de-gouvernance-et-des-instances-dirigeantes-01-2021.pdf>.

⁶⁹⁰ CPME 34, Distinctions entreprises responsables et engagées, 29 juin 2021, <https://www.cpmeherault.fr/distinctions-entreprises-responsables-et-engagees-ere34>.

⁶⁹¹ Par exemple, dans certains secteurs tels que l'artisanat et les entreprises de service, presque la moitié de dirigeants sont des femmes (43%), tandis que dans d'autres secteurs tels que le bâtiment ou les transports, les dirigeants sont presque exclusivement de sexe masculin (97% et 89% respectivement). Le choix d'activité demeure très sexué, ce qui explique l'intérêt accru de l'U2P pour cet aspect de la diversité davantage que pour d'autres.

⁶⁹² Charte de la Diversité, *Les signataires*, <https://www.charte-diversite.com/signataires/>.

de dialogue dans le cadre du rapport *Sciberras* relatif au suivi de la mise en œuvre des propositions du groupe de dialogue sur la lutte contre les discriminations en entreprise⁶⁹³, où la question de la diversité figurait au cœur de l'agenda.

140. Toutefois, en ce qui concerne les partenaires sociaux représentant les salariés, la notion de diversité a été accueillie avec scepticisme, réticence ou encore opposition et critique de la part des organisations syndicales françaises. Nos recherches, ainsi que les échanges que nous avons pu avoir avec des représentants syndicaux lors de l'élaboration de la présente étude, ont montré que cette réticence est liée à l'incertitude qui accompagne cette notion, dépourvue de définition et de cadrage juridique. La diversité, à travers son caractère flou et imprécis, peut représenter un risque pour les politiques antidiscriminatoires ou encore une échappatoire pour l'employeur. En examinant la position des organisations syndicales représentatives au niveau national, l'on constate ainsi une certaine appréhension par rapport à l'emploi du terme « diversité » et au sujet de sa véritable place au sein des politiques antidiscriminatoires des entreprises.

La CFDT, dans son guide relatif au racisme et aux discriminations raciales au travail⁶⁹⁴, reconnaît le fait que les accords contre les discriminations et pour la diversité constituent un « outil sur lequel une équipe syndicale peut s'appuyer si les rapports de force (employeurs, mais aussi autres organisations syndicales) le permettent. » En effet, privilégier la négociation collective en matière de diversité présente une utilité pour les deux parties : du côté patronal, la négociation collective permettra de concrétiser ses engagements unilatéraux en matière de diversité et faciliter l'obtention ou le maintien du Label Diversité, ce qui présente des avantages considérables pour l'image de l'entreprise ; du côté des salariés, l'implication des organisations syndicales dans le dialogue social, la négociation et la conclusion d'un accord collectif offre une meilleure garantie de la protection de leurs intérêts. En revanche, sur l'emploi du terme « diversité » lui-même, la CFDT se montre plus sceptique. La diversité peut en effet devenir « un outil rhétorique pour une partie des employeurs qui cherchent à faire de la présence de minorités dites "visibles" une preuve de la non-discrimination. Ensuite, les usages patronaux de la diversité se limitent stratégiquement au recrutement et n'interrogent pas le déroulement

⁶⁹³ Rapport sur le suivi de la mise en œuvre des propositions du groupe de dialogue sur la lutte contre les discriminations en entreprise, 16 novembre 2016.

⁶⁹⁴ CFDT, « Prévenir et combattre le racisme et les discriminations raciales au travail », In *Vivre ensemble, Travailler ensemble* n°6, Paris, novembre 2020, p. 38.

des carrières, l'accès à la formation, ou les différences de rémunération. Enfin et surtout, le thème de la diversité est dilué par les entreprises dans un ensemble plus large (y compris le sujet de l'égalité femmes-hommes) qui tend à noyer la question des discriminations liées à l'origine, réelle ou supposée. »⁶⁹⁵ Comme nous l'avons effectivement remarqué⁶⁹⁶, les questions relatives aux discriminations raciales qui, conformément à l'ANI, devraient se trouver au centre de toute démarche en matière de diversité, sont finalement très peu traitées par les accords collectifs, lesquels optent pour une définition très générale du terme « diversité », tout en ne traitant que certains aspects de celle-ci.

La CGT, quant à elle, a également exprimé sa réticence face à l'emploi du terme « diversité » : par exemple, en réponse au rapport Sabeg, elle a exprimé son inquiétude au sujet de tout ce qui concerne la « mesure de la diversité », mesure qui semble concerner « plus la mesure des caractéristiques des personnes que des discriminations elles-mêmes »⁶⁹⁷. Il s'agit de la crainte selon laquelle la mise en œuvre de la diversité produira des résultats inverses de ceux escomptés : une « mauvaise » interprétation de la diversité, qui opérerait une distinction de salariés selon leurs caractéristiques, serait susceptible d'accentuer les discriminations au lieu de les combattre.

Il existe également un écart entre entamer un dialogue, lancer une négociation et signer un accord. Le syndicat qui considère que l'employeur ne s'engage pas suffisamment refusera ainsi de signer l'accord. La CGT Fédération Banques et Assurances a par exemple exprimé son opposition par rapport à l'accord mixité diversité dans la branche des assurances, en considérant que ce dernier visait à « inciter », « encourager » ou « inviter » à l'action sans toutefois procéder à des engagements concrets et contraignants⁶⁹⁸.

Quant au syndicat CGT-FO, Madame Béatrice Clicq, secrétaire confédérale FO en charge de l'égalité et de la lutte contre les discriminations, a réagi au rapport publié par le Défenseur des droits sur les discriminations d'origine⁶⁹⁹. Par rapport au « concept flou » de la diversité, elle remarque que « les dispositifs de lutte contre les discriminations liées à l'origine en entreprise

⁶⁹⁵ CFDT, « Prévenir et combattre le racisme et les discriminations raciales au travail », *op.cit.*, p. 61.

⁶⁹⁶ V. chapitre 4.

⁶⁹⁷ CGT, Communiqué de presse, *Rapport Sabeg*, 18 mai 2009, <https://www.cgt.fr/comm-de-presse/rapport-sabeg>.

⁶⁹⁸ CGT Fédération Banques et Assurances, *Accord mixité-diversité dans l'assurance : La CGT ne signe pas*, Montreuil, décembre 2020, <http://cgtbanquesassurances.fr/actualites/branches/accord-mixite-diversite-dans-lassurance-la-cgt-ne-signe-pas/>

⁶⁹⁹ Défenseur des droits, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 22 juin 2020.

sont trop peu contraignants. Ils privilégient l’affichage à l’action, en s’appuyant sur des politiques volontaires et des outils de « soft law » (droit mou) tels les chartes ou le label »⁷⁰⁰. En effet, pour la CGT-FO, en matière de diversité, il faut privilégier les engagements de droit dur (comme la négociation d’un accord collectif) par rapport aux engagements RSE (comme la Charte et le Label), ces derniers provenant de décisions unilatérales de l’employeur et servant davantage de fins « cosmétiques » pour l’entreprise que de fins d’évolution et de renforcement des pratiques antidiscriminatoires. Enfin, la diversité doit être le résultat d’une politique antidiscriminatoire et non pas un objectif en soi visant à produire une « jolie photo ».

Le syndicat représentant les salariés cadres, la CFE-CGC, opère un lien entre la lutte contre les discriminations et la diversité et insiste sur le fait que les partenaires sociaux, syndicats et représentants du personnel, doivent être impliqués dans la définition et la mise en œuvre de la politique de diversité en entreprise⁷⁰¹. Selon la CFE-CGC, la contribution principale des partenaires sociaux se cristallise par la négociation et conclusion des accords collectifs qui, en matière de diversité, devront citer tous les motifs de discrimination prévus par la loi et, hormis le rappel des sanctions légales en cas de discrimination, ces accords doivent prévoir la formation et la sensibilisation des équipes. Un lien est également opéré avec les négociations en matière d’égalité professionnelle et de qualité de vie au travail (QVT), négociations qui offrent également l’occasion d’aborder la thématique de la diversité. En ce qui concerne l’emploi de salariés handicapés, la CFE-CGC présente la diversité sous le prisme de la performance et soutient que « la diversité est un facteur de richesse humaine et de cohésion dans l’entreprise et un réel stimulateur de performance »⁷⁰².

Enfin, la CFTC, à l’occasion de la signature d’une convention avec l’Association de gestion du fonds pour l’insertion pour les personnes handicapées (Agefiph), présente la diversité en tant que solution pour combattre l’ignorance, la peur et les préjugés, souvent à l’origine des discriminations⁷⁰³. Quant à sa position sur la diversité, elle reconnaît le concept « se propose de "casser" les discriminations persistantes » mais invite le Gouvernement à prendre les dispositions législatives et réglementaires adéquates, notamment en matière d’outils

⁷⁰⁰ Elie Hiesse, « Discrimination liée aux origines : l’emploi privé en première ligne », InFO Militante, 21 juillet 2020, <https://www.force-ouvriere.fr/discrimination-liee-aux-origines-l-emploi-prive-en-premiere>.

⁷⁰¹ CFE-CGC, *La lutte contre le racisme, l’antisémitisme et la xénophobie*, 5 janvier 2020, <https://www.cfecgc.org/actualites/la-lutte-contre-le-racisme-lantisemitisme-et-la-xenophobie-de-la-cncdh-2019>.

⁷⁰² CFE-CGC, *Le Handicap*, 15 mars 2018, <https://www.cfecgc.org/actualites/handicap>.

⁷⁰³ CFTC, *Combattre l’ignorance, porter les compétences*, 22 janvier 2018, <https://www.cftc.fr/actualites/combattre-lignorance-porter-les-competences>.

d'évaluation au sein de l'entreprise, en constituant par exemple un fondement valable pour s'assurer du caractère non discriminatoire du recrutement⁷⁰⁴.

141. Malgré les opinions divergentes, toutes les organisations syndicales et patronales citées ci-dessus ont signé l'ANI de 2006, ainsi qu'un grand nombre d'accords intitulés « diversité » au niveau de la branche ou de l'entreprise. La volonté des syndicats de s'engager dans une démarche diversité se manifeste également par le nombre d'accords « diversité » qu'ils acceptent de signer. La base de données officielle de Légifrance, depuis le 1^{er} septembre 2017, contient une liste présentant tous les accords signés en entreprise. Cette publication facilite grandement l'accès aux accords conclus, y compris les accords diversité. Lorsque l'on recherche les accords d'entreprise intitulés « diversité » dont la thématique primaire ou secondaire traite de la diversité, 264 résultats apparaissent⁷⁰⁵. Un point intéressant et démontrant également l'importance de cette négociation est que le site Légifrance lui-même permet de filtrer les résultats par syndicat signataire. Selon les données existantes, la CFDT occupe la première place, avec 189 accords « diversité » signés, suivie par la CGT avec 127 accords, la CGT-FO avec 116 accords, la CFE-CGC avec 96 accords, l'UNSA avec 42 accords, la CFTC avec 37 accords, les Solidaires avec 18 accords et, enfin, une catégorie « autres » contenant 29 accords.

Ces éléments chiffrés sont indicatifs mais ne peuvent constituer des données fiables pour réellement interpréter la position des organisations syndicales par rapport à la diversité en tant que notion et politique antidiscriminatoire. Signalons deux points importants : dans un premier temps, dans la majorité de ces accords, la diversité, bien qu'indiquée dans le titre, ne constitue qu'un aspect secondaire de l'accord. Effectivement, le contenu des accords « diversité » se limite souvent aux aspects légaux, tels que l'interdiction des discriminations, et aux domaines pour lesquels une négociation est obligatoire, tels que la qualité de vie au travail, l'égalité professionnelle ou encore l'emploi des salariés handicapés. Dans une grande partie des accords étudiés, la présence du terme « diversité » au sein de l'accord est même relativement limitée : hormis l'intitulé, on retrouve certes le terme fréquemment employé dans le préambule de l'accord, qui comprend le plus souvent une définition, ou encore des références aux autres

⁷⁰⁴ CFTC, *Diversité en entreprise*, 28 janvier 2015, <https://www.cftc.fr/actualites/diversite-en-entreprise>.

⁷⁰⁵ Légifrance, base de données des accords collectifs d'entreprise, https://www.legifrance.gouv.fr/search/acco?tab_selection=acco&searchField=TITLE&query=diversité&page=1&init=true&dateSignature=, consulté le 26 octobre 2021.

engagements pris en matière de diversité, tels que la signature de la Charte et l'obtention du Label, ou encore l'existence d'accords précédents. La diversité s'inscrit ainsi dans la continuité des démarches préexistantes au sein de l'entreprise. En revanche, le terme « diversité » apparaît moins dans le contenu même des accords, contenu qui se focalise en général sur les politiques antidiscriminatoires mises en place (processus de recrutement, égalité salariale, etc.) ou sur les catégories spécifiques étudiées par l'accord (égalité professionnelle, âge, handicap, etc.). Par conséquent, le fait qu'un syndicat se montre critique envers les démarches de promotion de la diversité ou la notion elle-même peut ne pas jouer un rôle significatif quant à la signature d'un accord qui traite principalement de la lutte contre les discriminations ou de la qualité de vie au travail.

Dans un second temps, cette classification par syndicat signataire ne nous permet pas, à elle seule, de parvenir à des conclusions effectives quant aux syndicats pour ou contre la diversité. Pour opérer de telles constatations, il s'agirait de connaître le milieu syndical de toutes les entreprises concernées, c'est-à-dire savoir si un syndicat est présent dans l'entreprise, puis s'il est représentatif et, enfin, s'il a signé ou non l'accord ainsi que les relations entretenues avec la direction, l'existence des tensions, etc.

Enfin, les organisations syndicales adoptent souvent une vision pragmatique⁷⁰⁶ et ne vont pas s'exclure du débat uniquement par réticence face aux différentes interprétations du terme polysémique de « diversité ». L'on constate dès lors que malgré leur méfiance initiale, les organisations syndicales ne s'opposeront pas à la signature d'un accord intitulé « diversité » mais qui, en réalité, englobe la politique antidiscriminatoire de l'entreprise et très peu de mesures dédiées exclusivement à la diversité.

Paragraphe 2. L'importante mise en place des instruments négociés en matière de diversité

142. L'élément constitutif du droit du travail, qui le distingue du droit civil et empêche ce dernier de s'y substituer⁷⁰⁷, est l'effort visant à rééquilibrer la relation entre l'employeur et le salarié, une relation caractérisée par le lien de subordination. Pour y parvenir, il existe un seul moyen : les relations collectives, concept juridique propre au droit du travail. L'aspect collectif

⁷⁰⁶ Gill Kirton, Anne-Marie Greene, *The dynamics of managing diversity. A critical approach*, Londres, Routledge, 2016, p. 190.

⁷⁰⁷ Alain Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.

donne au salarié les moyens d'assistance, de revendication et de négociation dont il a besoin pour défendre ses intérêts, tant collectifs que individuels. Le Professeur Frédéric Guimard constate que la place reconnue aux partenaires sociaux dans le champ social est marquée par le rôle qui leur est dévolu dans la détermination des règles applicables aux salariés, notamment par le biais de la négociation collective⁷⁰⁸. En matière de diversité, le législateur est peu présent, comme nous l'avons remarqué dans le chapitre précédent. Les partenaires sociaux assument la tâche de définir le concept et de mettre en place des mesures et des objectifs à travers la conclusion d'accords collectifs. Il s'agira d'examiner en premier lieu le lien intrinsèque entre la négociation collective et l'égalité, ainsi que la place de la diversité et de la lutte contre les discriminations au sein de cette équation (A). Dans un second temps, nous examinerons le déroulement de la négociation et la forme accordée aux accords diversité par les partenaires sociaux (B).

A) Le rapport étroit entre l'accord collectif et les notions de diversité, d'égalité et de lutte contre les discriminations en entreprise

143. De nombreux chercheurs ont opéré une corrélation entre la négociation collective et l'effectivité des mesures de diversité et d'égalité au travail. Pour certains, il s'agit d'une évidence, puisque la notion même de négociation collective est enracinée dans les notions de justice sociale, de participation démocratique et d'égalitarisme⁷⁰⁹. Une fonction « d'égalisation » et de « rééquilibrage »⁷¹⁰, ou encore de « correction des inégalités » est ainsi accordée à la négociation collective⁷¹¹. L'accord collectif apparaît par conséquent comme générateur d'égalité. Cette opération d'« égalisation » s'opère à deux niveaux, vertical et horizontal : du côté vertical, pour rétablir un degré d'égalité dans la relation entre l'employeur et le salarié qui est, dès son origine, inégalitaire ; et du côté horizontal, pour assurer l'égalité entre salariés en égalisant les conditions de travail des salariés⁷¹². De ce point de vue, la source conventionnelle peut présenter une supériorité importante sur les sources étatiques : la

⁷⁰⁸ Frédéric Guimard, *op. cit.*, p. 589.

⁷⁰⁹ Adelle Blackett, Colleen Sheppard, « Collective bargaining and equality : Making connections », *International Labour Review*, Vol.142 (2003), n°4, p. 421.

⁷¹⁰ Ylias Ferkane, *L'accord collectif de travail. Étude sur la diffusion d'un modèle*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 166, Dalloz, 2017, p. 101 ;

⁷¹¹ Alexia Gardin, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », In *Rép. Trav.*, juillet 2020, §91 et s.

⁷¹² Ylias Ferkane, *L'accord collectif de travail. Étude sur la diffusion d'un modèle*, *op.cit.*, p. 102-104.

souplesse du processus et la liberté d'en choisir le cadre permettent aux partenaires sociaux « de cerner le nécessaire et de dégager le possible en matière d'amélioration sociale »⁷¹³.

Ce rapport étroit entre la négociation collective et la notion d'égalité est dû à deux vertus propres à la règle conventionnelle : l'adaptabilité et la légitimité. Selon le Professeur Grégoire Loiseau, ces deux qualités assurent la liberté conventionnelle et poussent à son renforcement⁷¹⁴. L'adaptabilité permet aux partenaires sociaux de gérer une situation par la conciliation de leurs intérêts et par la création de normes négociées « modelées en considération des spécificités de l'entreprise »⁷¹⁵, une qualité particulièrement importante pour la négociation en matière de diversité, notamment par rapport au choix des aspects à traiter et des objectifs. Quant à la légitimité, elle crée un degré de confiance très élevé et constitue le fondement même de l'effectivité de la norme, les sujets de droit étant plus enclins à appliquer la norme lorsqu'ils participent à son élaboration⁷¹⁶. Les organisations syndicales représentatives sont l'interlocuteur principal de l'employeur (ou des organisations patronales au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel) et bénéficient d'une légitimité accrue en raison des critères de représentativité qu'elles sont appelées à remplir. La représentativité syndicale, et notamment la légitimité électorale, manifeste la capacité d'un syndicat de représenter les salariés qui font partie de son champ d'application à travers des prérogatives qui lui sont propres, lui permettant d'exprimer les intérêts collectifs de salariés. Les organisations syndicales ne tiennent toutefois pas l'exclusivité de la négociation collective, d'autres interlocuteurs pouvant intervenir en l'absence de délégués syndicaux au sein de l'entreprise. À défaut de délégués syndicaux, lorsque la négociation collective est menée avec un élu, un salarié mandaté ou par voie de référendum, la légitimité demeure puisque, de façon directe ou indirecte, la collectivité de travail est engagée⁷¹⁷.

⁷¹³ Alexia Gardin, Yann Leroy, Catherine Marraud, « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dossier d'études. Allocations familiales*, CERIT-CRDP, n°45-2003.

⁷¹⁴ Grégoire Loiseau, *op.cit.*, p. 208 et s.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 210.

⁷¹⁶ Ylias Ferkane, « Le modèle de l'accord collectif de travail à la lumière des ordonnances du 22 septembre 2017 », In *Les ordonnances de l'automne 2017 : point d'aboutissement d'un changement de modèle du droit du travail ?*, François Ballouhey, Maria Teresa Carinci, Konstantina Chatzilaou, et alii, Cergy-Pontoise, Collection Lejep, Lextenso, 2019, p. 52.

⁷¹⁷ Grégoire Loiseau, « La conventionnalisation du droit du travail. Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », In *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 211.

144. **Égalité et harmonisation : le double objectif de la négociation collective.** La fonction « d'égalisation » inhérente à la négociation collective est accompagnée d'un objectif plus large d'harmonisation. La négociation collective est en effet un « processus de codéfinition des règles »⁷¹⁸. Au niveau interne, la négociation collective vise à mettre en place des politiques harmonieuses pour l'ensemble de l'entreprise, du groupe ou de la branche. Au niveau des accords collectifs d'entreprise ou de groupe de dimension européenne, nous retrouvons le même objectif mais sur une échelle beaucoup plus grande : une ambition supplémentaire apparaît : accomplir une « harmonisation progressive des normes sociales applicables dans les établissements ou filiales implantés sur le territoire européen et d'anticiper les évolutions économiques, financières, sociales auxquelles l'entreprise ou le groupe devra faire face et qu'il conviendra de gérer mieux des intérêts de tous »⁷¹⁹. L'on retrouve le même objectif au niveau international, où l'enjeu, cependant, est différent : à l'opposé des accords collectifs nationaux ou européens, les accords internationaux se focalisent beaucoup plus largement sur le respect des droits fondamentaux. Ce phénomène s'explique par le fait qu'au niveau des États européens, le cadre légal est suffisant pour couvrir le respect des droits fondamentaux et n'exige pas de complément conventionnel⁷²⁰.

145. **Égalité de traitement et avantage issu d'un accord collectif.** Le riche contentieux relatif à la mise en place d'avantages conventionnels pour certaines catégories de personnel montre davantage le lien étroit entre la négociation collective et le concept d'égalité. La question s'est posée à plusieurs reprises devant le juge de la Chambre sociale et a beaucoup préoccupé la doctrine juridique⁷²¹, en faisant apparaître un dilemme opposant l'égalité entre les salariés et la légitimité de reconnaître certaines différences. Pour la Cour de cassation, l'octroi

⁷¹⁸ Christian Thuderoz, *L'âge de la négociation collective*, Paris, Puf, 2019, p. 153.

⁷¹⁹ Bernard Teyssié, « Les accords collectifs européens d'entreprise ou de groupe », *JCP S*, n°13, 2 avril 2019, 1096.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ Antoine Lyon-Caen, « Les conventions collectives de branches à l'épreuve de l'égalité des salariés. Les cadres ont-ils encore un avenir ? (Cass. soc., 8 juin 2011, n°10-14.725 P + B + R + I) », *SSL*, 2011 n°1497, p. 9 s. ; D. Corrignan-Carsin, « Principe d'égalité et différence de traitement entre catégories professionnelles. Note sous Cass. soc., 8 juin 2011, n°10-14.725, FS P+B+R+I », *JCP G*, 2011. 934 ; Bernard Boubli, « L'égalité de traitement n'autorise pas la mise en pièces des accords collectifs », *Gaz. Pal.*, 2011, n°169, p. 12 s, Amélie Gogos-Gintrand, « L'égalité de traitement des salariés ou l'éternelle question de la légitimité des différences », *Dr. soc.*, 2012, p. 804, Marie Peyronnet, « Égalité de traitement au sein d'une même catégorie professionnelle. Soc. 27 janv. 2015, FS-P+B, n°13-17.622 », *D. act.*, 13 février 2015, Ylias Ferkane, *L'accord collectif de travail. Étude sur la diffusion d'un modèle*, op.cit., p. 457.

d'un avantage à une partie de salariés est possible lorsque la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives, matériellement vérifiables et pertinentes⁷²².

La question s'est posée, dans un premier temps, par rapport à la présence des catégories professionnelles : celles-ci constituent-elles un élément objectif et suffisant pour justifier une différence de traitement ? Elle s'est ensuite rapidement transformée en débat sur les différences de traitement d'origine conventionnelle. La Cour de cassation a, initialement, exclu cette possibilité⁷²³, même si la différence de traitement est issue d'un accord collectif et non pas d'une décision unilatérale de l'employeur⁷²⁴. Toutefois, progressivement, le juge social a mis en place des critères pouvant justifier la différence de traitement instituée entre catégories professionnelles par la voie conventionnelle, lorsque celle-ci repose sur une raison objective et pertinente autre que la seule existence des catégories professionnelles. Ainsi, la différence de traitement conventionnelle est permise lorsqu'elle « a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération »⁷²⁵ ; ou encore, par rapport à la distinction entre salariés cadres et non-cadres, la présence de « contraintes particulières des cadres ou de la réalisation des objectifs qui leur sont assignés n'est pas exclusif de l'octroi d'un repos prenant en compte leur degré d'autonomie et de responsabilité »⁷²⁶. Dans une série d'arrêts du 27 janvier 2015, la Chambre sociale de la Cour de cassation opère un revirement important de sa jurisprudence : désormais, « les différences de traitement opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle »⁷²⁷. La présomption simple est un dérivé de la légitimité de l'accord collectif, le fait qu'il ait été négocié et conclu par des organisations syndicales représentatives permettant de présumer que les différences de

⁷²² Cass. soc. 21 juin 2005, *Dr. soc.* 2005. 1047 s. obs. Ch. Radé - Soc., 1er déc. 2005, *JCP G* 2006. II. 10017, note D. Corrigan-Carsin ; *JCP S* 2006. 1071, note J.-F. Cesaro.

⁷²³ Cass. soc. 20 févr. 2008 (deux arrêts), *Dr. soc.* 2008. 530 s., obs. Ch. Radé ; *JCP S* 2008. 1305, note D. Everaert-Dumont.

⁷²⁴ Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, *Pain*, n°07-42.675, *D.* 2010. 342, obs. F. Khodri ; *D.* 2012. 901, obs. J. Porta ; *JCP S* 2009. 1451, note E. Jeansen ; *JCP E* 2009. 2198, note Th. Aubert-Monpeyssen, Cass. soc. 7 avr. 2010, *JCP S* 2010. 1218, note G. Loiseau.

⁷²⁵ Cass. soc. 8 juin 2011, n°10-14.725, FS P+B+R+I, *Dr. soc.* 2011. 986, obs. Ch. Radé ; *D. act.*, 29 juin 2011, obs. L. Perrin ; *JS Lamy*, 2011, n°303-2, obs. J.-Ph. Lhernould

⁷²⁶ Quatre arrêts rendus par la Cass. soc. 28 mars 2012, n°11-12.043, 11-30.034, 11-11.307 et 10-28.670, *D.* 2012. 1013 ; *Dr. soc.* 2012.746, obs. Ch. Radé.

⁷²⁷ Cass. soc. 27 janv. 2015, nos 13-14.773 P, 13-22.179 P, 13-25.437 P, *D.* 2015. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; *ibid.* 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2015. 237, étude A. Fabre ; *RDT* 2015. 339, obs. E. Peskine.

traitement sont justifiées et en conformité avec les droits et intérêts des salariés⁷²⁸. Il s'agit toutefois d'une présomption simple qui connaît des limites : « même lorsque la différence de traitement résulte des stipulations d'une convention ou d'un accord collectif, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, les stipulations concernées ne peuvent être présumées justifiées au regard du principe de non-discrimination »⁷²⁹. Dans ce dernier exemple, était en cause un accord collectif d'Air France mettant en place une indemnité conventionnelle de licenciement dont les modalités de calcul étaient différentes pour les salariés licenciés pour inaptitude et ceux licenciés sur un autre fondement, les premiers se trouvant exclus de l'indemnité plus favorable.

Cette différence de traitement constitue par conséquent une discrimination sur l'état de santé du salarié et ne peut pas être justifiée par le fait qu'elle a été prévue par un accord collectif. D'un autre côté, pour certains auteurs, la primauté accordée à la négociation collective entraîne nécessairement le risque d'une réduction des possibilités de contestation des inégalités⁷³⁰.

146. L'on retrouve ce même débat au sein des accords diversité, avec d'autant plus de complexité. Entre la poursuite et le respect de l'égalité et la reconnaissance des diversités des salariés, la démarche semble contradictoire et difficile à concilier. Lorsque la diversité entraîne la séparation de l'individu de l'ensemble en raison des caractéristiques individuelles, et crée des groupes minoritaires, naît le risque d'inégalité pour le groupe minoritaire ou le groupe majoritaire. Les partenaires sociaux, du côté patronal et des salariés, sont appelés à trouver un équilibre afin de réussir à assurer l'égalité tout en reconnaissant l'existence de cas différents, méritant une attention spécifique. Il s'agit en effet de la recherche d'une égalité des chances effective qui ne peut toutefois pas être source de discrimination, ni pour les salariés visés par les mesures mises en place, ni pour les salariés qui s'en retrouveront exclus ou non concernés.

147. Précisons également que la négociation collective ne constitue pas une panacée pour résoudre les inégalités au travail. L'exemple de la négociation en matière d'égalité professionnelle témoigne de cette difficulté : malgré la mise en place de plusieurs dispositions contraignantes, les inégalités sur le sexe existent toujours. Le chercheur Guillaume Santori

⁷²⁸ Grégoire Loiseau, *op. cit.*, p. 212, Jean-Guy Huglo, « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement », *SSL*, n°1727, 13 juin 2016.

⁷²⁹ Cass. soc. 9 déc. 2020, FS-P+B, n°19-17.092, analyse par Clément Couëdel, « Différences de traitement négociées en cas de fondement discriminatoire », *D. act.*, 7 janvier 2021.

⁷³⁰ Pierre Bailly, « Que reste-t-il du principe d'égalité de traitement ? (Cass. soc., 30 mai 2018, n°16-16.484 P + B, Cass. soc., 30 mai 2018, n°17-12.782 P + B) », *SSL*, n°1822, 2 juillet 2018.

remarque que pour être effective, la règle doit tenir compte de la réalité sociale, ce qui dépasse le seul contexte économique et de l'emploi. Par conséquent, l'engagement, sous la pression d'échéances légales, aboutit souvent « à des accords-types dépourvus de singularité »⁷³¹.

En outre, il est important de garder à l'esprit le fait qu'une négociation collective n'est pas neutre en soi, puisque les acteurs de la négociation ne sont pas neutres. Ainsi, le choix du cadre de la négociation collective peut lui-même être soumis à des obstacles systémiques qui sont sources d'inégalités⁷³² ou encore davantage refléter les priorités et les besoins du groupe dominant que du groupe minoritaire au sein de l'entreprise⁷³³. En outre, comme le signale M. Pierre Bailly, Doyen honoraire de la chambre sociale de la Cour de cassation, à propos des différences de traitement d'origine conventionnelle, « il n'est pas certain que la négociation collective puisse toujours corriger tous les travers de cette relation asymétrique, sans créer des privilèges au seul avantage des catégories les mieux défendues »⁷³⁴. La poursuite d'une égalité réelle engage par conséquent les employeurs, les organisations syndicales ainsi que les salariés dans un processus de changement institutionnel et social, ce qui peut s'opérer à travers une ouverture à la diversité⁷³⁵.

148. Le rapport entre la négociation collective et la diversité n'est, lui non plus, pas nécessairement perçu comme positif. Une crainte, bien réelle, concerne la facette managériale du terme, qui risque d'exclure les représentants syndicaux et les élus du personnel ou de modifier l'objectif du dialogue social en la matière : de ce point de vue, la diversité s'éloigne de l'objectif de justice sociale et d'égalité des chances et s'intègre dans un objectif commercial et managérial⁷³⁶. Dans la première hypothèse, les partenaires sociaux mettent l'accent sur la mise en place des politiques antidiscriminatoires, tandis que dans la seconde, ils s'intéressent davantage à la question de la performance. Parfois, l'implication des partenaires sociaux du côté salarial n'est même pas nécessaire, puisque l'employeur peut agir unilatéralement pour la mise en place des politiques managériales et mettre à l'écart ou accorder une place marginale au dialogue avec les organisations syndicales et les instances représentatives du personnel.

⁷³¹ Guillaume Santoro, « Réflexions sur l'efficacité du droit de la négociation collective sur l'égalité hommes-femmes », *Dr. soc.*, 2016, p. 49.

⁷³² Adelle Blackett, Colleen Sheppard, « Collective bargaining and equality : Making connections », *International Labour Review*, Vol.142 (2003), n°4, p. 420.

⁷³³ *Ibid.*, p. 433, Gill Kirton, Anne-Marie Greene, *op.cit.*, p. 182.

⁷³⁴ Pierre Bailly, *op. cit.*

⁷³⁵ Adelle Blackett, Colleen Sheppard, *op.cit.*, p. 436-437.

⁷³⁶ Gill Kirton, Anne-Marie Greene, *op.cit.*, p. 187-188.

Toutefois, la vision duale de la notion de diversité—la diversité en tant qu’outil de performance et la diversité en tant qu’outil de lutte contre les discriminations—n’est pas nécessairement un obstacle à la négociation collective et au rôle des partenaires sociaux en la matière. Certains chercheurs britanniques⁷³⁷ se réfèrent ainsi à un « faux dilemme » entre l’éthique et l’égalité, ou en ce qui nous concerne, la justice sociale et le *business case*, et considèrent que la négociation collective, si proprement effectuée et accompagnée d’un véritable dialogue social, peut concilier les deux objectifs. Pour d’autres, la négociation collective, en créant des droits collectifs, réduit le risque de l’arbitraire et exerce un certain contrôle sur l’action managériale⁷³⁸. De ce point de vue, la négociation collective en matière de diversité peut alors contrebalancer les politiques managériales de l’employeur et exercer un certain contrôle sur celles-ci en trouvant un équilibre entre les objectifs de performance et les objectifs de justice sociale.

149. **Diversité et égalité au sein des partenaires sociaux.** Le dialogue et la négociation collective ne peuvent toutefois pas être effectifs sans l’examen de la diversité et de l’égalité au sein même des organisations syndicales et des instances représentatives du personnel. Comme nous allons le constater dans le prochain chapitre, les accords en matière de diversité abordent très peu le sujet de la discrimination syndicale et de la diversité au sein de syndicats. Un sujet qui a cependant fréquemment été abordé est la question de la parité. L’étude de la DARES de 2018 sur la parité au sein des instances représentatives du personnel révèle que, « bien que la féminisation des instances représentatives du personnel dépende du taux de féminisation de chaque secteur, les femmes restent sous-représentées parmi les élus dans la grande majorité des secteurs d’activité »⁷³⁹. Le législateur est intervenu⁷⁴⁰ pour assurer une représentation plus équilibrée des femmes et des hommes dans les collèges électoraux. Selon l’article L.2314-30 du Code du travail (disposition d’ordre public absolu), les listes proposées par les organisations syndicales lors des élections du CSE sont composées d’un nombre de femmes et d’hommes correspondant à la part de femmes et d’hommes inscrits sur la liste électorale. Les listes sont composées alternativement d’un candidat de chaque sexe jusqu’à épuisement des candidats de l’un des sexes. Lorsque ceci n’est pas possible, il faut procéder à un arrondi arithmétique. En

⁷³⁷ S. Liff, L. Dickens, « Ethics and equality : reconciling false dilemmas » In *Ethical Issues in Contemporary Human Resource Management*, E. Winstanley et J. Woodall (dirs.), Basingstoke, Macmillan, 2000, pp. 85-101.

⁷³⁸ Christian Thuderoz, *op.cit.*, p. 165.

⁷³⁹ DARES Analyses, *Les femmes dans les instances représentatives du personnel : bientôt la parité ?*, février 2018, n°007.

⁷⁴⁰ Loi n°2015-994 du 17 août 2015.

cas de nombre impair de sièges à pourvoir et de stricte égalité entre les femmes et les hommes inscrits sur les listes électorales, la liste comprend indifféremment un homme ou une femme supplémentaire. Enfin, le 4^{ème} alinéa de l'article prévoit que lorsque l'application de ces règles conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes de candidats pourront comporter un candidat du sexe qui, à défaut ne serait pas représenté. Le non-respect de cette disposition peut entraîner l'annulation de l'élection du ou des élus⁷⁴¹.

La constitutionnalité de cette obligation de représentativité équilibrée a été contestée mais le Conseil constitutionnel a reconnu que l'application de cette règle ne porte pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit d'éligibilité aux institutions représentatives du personnel⁷⁴². La jurisprudence est également intervenue à plusieurs reprises pour interpréter cette disposition. Citons notamment les six arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 11 décembre 2019⁷⁴³ sur le sort réservé aux candidats du sexe sous-représenté, ou encore l'arrêt du 25 novembre 2020 précisant que la représentation équilibrée des femmes et des hommes ne s'applique pas aux candidatures libres du second tour⁷⁴⁴.

En ce qui concerne les organisations syndicales, et en dehors de l'obligation légale de constituer des listes de représentativité équilibrée des deux sexes, remarquons que de réels efforts visant à « féminiser » les syndicats et leurs organes de direction sont entrepris⁷⁴⁵, en intégrant notamment des politiques de mixité. En matière de diversité, il nous semble important que les personnes qui représentent les salariés et qui négocient en leur nom reflètent également la diversité des salariés, particulièrement lorsque des thématiques spécifiques telles que l'égalité professionnelle ou l'intersectionnalité sont abordées. En prenant également en compte le faible taux de syndicalisation, il revient aux organisations syndicales de réussir à attirer un plus grand nombre de personnes et une diversité plus large parmi leurs militants.

⁷⁴¹ Art. L. 2314-32 C. tr.

⁷⁴² Cons. const. 19 janv. 2018, n°2017-686 QPC; *D.* 2018. 119.

⁷⁴³ Cass. soc. 11 décembre 2019, n°s 18-26.568, 19-10.826, 18-23.513, 19-10.855, 18-19.379 et 19-12.596, publiés au Bulletin. V. aussi Franck Petit, « Les (derniers) remèdes à la représentation déséquilibrée entre les femmes et les hommes au sein du comité social économique », *Dr. soc.*, 2020, p. 244.

⁷⁴⁴ Cass. soc. 25 nov. 2020, n°19-60.222 FS-P+B+I, Clément Couëdel, « La représentation équilibrée des femmes et des hommes ne s'applique pas aux candidatures libres du second tour, Soc. 25 nov. 2020, FS-P+B+I, n°19-60.222 », *D. act.*, 23 décembre 2020.

⁷⁴⁵ Jacqueline Laufer, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, Paris, La Découverte, 2014, p. 67 et s.

B) La négociation et la conclusion des accords collectifs « diversité » : les choix de forme des partenaires sociaux

150. La mise en place des accords diversité constitue un véritable pari pour les organisations syndicales et les entreprises. Dans le cadre d'une négociation transnationale, la négociation sur permet « un repositionnement de l'action syndicale et des acteurs syndicaux. L'action syndicale se trouve transformée, tout simplement parce qu'elle doit s'ouvrir, prendre en compte des questions nouvelles, des questions sociétales et environnementales. Dans cette optique, la responsabilité sociale de l'entreprise impose à l'acteur syndical de concilier, d'articuler, la défense classique des salariés avec des défis relevant de l'intérêt général »⁷⁴⁶. Au niveau national, l'enjeu est identique lorsque l'objet est d'encadrer une notion telle que la diversité. Un prérequis pour y parvenir est le déroulement d'une négociation effective. Nous retrouvons dans cet aspect toutes les règles de droit commun relatives à la négociation d'un accord collectif.

La négociation doit se dérouler dans le respect de l'indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur, ce qui est plus important lorsque les négociations ne sont pas menées avec les organisations syndicales. Dans ces cas, des critères supplémentaires sont ajoutés pour assurer que les négociateurs soient indépendants de l'employeur⁷⁴⁷ et des heures de délégation leur sont allouées pour accomplir leurs fonctions⁷⁴⁸. La conduite de la négociation doit également respecter le principe de loyauté, qui se traduit par la bonne foi et la volonté de parvenir à un accord, une volonté déduite du comportement des parties⁷⁴⁹. Des questions risquent toutefois de se poser lorsqu'un accord collectif est adopté par le biais de référendum. Il convient sur ce point d'opérer une distinction entre le référendum autonome, qui crée directement la norme collective et le référendum de validation, qui permet de valider un accord déjà négocié par les représentants des salariés et l'employeur⁷⁵⁰. Il existe une différence importante quant à la qualité du dialogue social, puisque dans le cas du référendum autonome, nous sommes en présence d'un acte qui n'a pas été négocié. Bien qu'on ne dispose pas d'exemples d'accords collectifs en matière de diversité conclus via ces processus, il existe des exemples dans des thématiques connexes, notamment en matière d'égalité professionnelle. En raison de la nature

⁷⁴⁶ Christine Neau-Leduc, « Les accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2008, p. 75.

⁷⁴⁷ V. par exemple L.2232-28 et L.2232-29 C.tr.

⁷⁴⁸ L. 2232-7 C.tr.

⁷⁴⁹ Bernard Teyssié, *Droit du travail Relations collectives*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 957.

⁷⁵⁰ Valentino Armillei, *op. cit.*, p. 72.

contraignante de la négociation en la matière, ces accords prévoient déjà, dans leur contenu, l'éventualité de procéder à un référendum si la majorité des 50% n'est pas atteinte⁷⁵¹.

151. Un aspect particulièrement important pour le déroulement de la négociation sur la diversité est la formation des acteurs participant aux négociations. Pour toute négociation, le législateur prévoit la possibilité pour les salariés, les employeurs et leurs représentants de bénéficier de formations afin d'améliorer les pratiques du dialogue social⁷⁵² ; toutefois, le contenu de ces formations, les conditions dans lesquelles elles sont dispensées ainsi que leur financement peut être déterminé par convention ou accord collectif d'entreprise ou de branche⁷⁵³. Un accord de méthode, au niveau de l'entreprise ou, à défaut, de la branche, peut également définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties, en précisant la nature des informations partagées entre les négociateurs et en prévoyant des moyens supplémentaires ou spécifiques, tels que le volume de crédits d'heures ou le recours à l'expertise⁷⁵⁴. Il est particulièrement important d'inclure dans ces accords de méthode la thématique de la diversité, et de permettre aux négociateurs d'avoir accès à des formations spécifiques en la matière : du cadre légal antidiscriminatoire à la sensibilisation des acteurs ou encore l'explication de certains concepts tels que l'intersectionnalité. Ce point est d'ailleurs souvent soulevé au sein des accords diversité, la formation des managers et leur sensibilisation faisant presque toujours partie des mesures mises en place⁷⁵⁵. Selon nous, il convient d'inclure les négociateurs aux formations prévues en ce sens. Les partenaires sociaux ont eux-mêmes l'opportunité de traiter la diversité sous un prisme transversal, par le biais de l'intégration des formations spécialisées.

152. Un autre aspect important est la périodicité de la négociation choisie par les partenaires sociaux lorsqu'ils négocient en matière de diversité. L'art. L. 2222-4 du Code du travail prévoit qu'un accord collectif peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Lorsque les partenaires sociaux ne précisent pas la durée dans l'accord, celle-ci est fixée à cinq ans. Les partenaires sociaux n'optent pas souvent pour le choix de la durée indéterminée puisque dans

⁷⁵¹ Par exemple : Accord d'entreprise sur l'égalité entre les femmes et les hommes de l'Association les Papillons Blancs du 19 mai 2021, Accord d'entreprise sur l'égalité hommes/femmes de la Société Transport Brevet SA du 10 septembre 2019, Accord d'entreprise portant sur l'égalité hommes femmes d'IFP Énergies nouvelles du 20 décembre 2018,

⁷⁵² L. 2212-1 C. tr.

⁷⁵³ L. 2212-2 C. tr.

⁷⁵⁴ L. 2222-3-1 et L. 2222-3-2 C.tr.

⁷⁵⁵ V. chapitre 4.

la majorité des cas, ils traitent des thématiques telles que l'égalité professionnelle, où la périodicité de la négociation est réglée par la loi ou l'accord de branche. Il existe cependant certains exemples où l'accord est conclu pour une durée indéterminée, soit parce que l'accord aborde la thématique sous un prisme de RSE⁷⁵⁶, soit parce que cet accord s'intègre à un « bloc d'accords » traitant la thématique de l'égalité⁷⁵⁷, soit parce que les partenaires sociaux ont choisi de fonctionner par avenant pour traiter des thématiques spécifiques⁷⁵⁸.

153. Enfin, un dernier choix de forme concerne la présentation du contenu de l'accord diversité. Madame Hélène Garner-Moyer distingue trois structures d'accord diversité⁷⁵⁹ que nous avons également repérées : selon la première structure, l'accord est découpé en parties correspondant à des politiques de ressources humaines (recrutement, formation, mobilité, promotion, rémunération, etc.)⁷⁶⁰ ; selon la deuxième structure, l'accord est partagé selon les publics ciblés et les actions se déclineront selon des critères de sexe, d'âge, de handicap, d'origine, etc.⁷⁶¹; enfin, la dernière structure est une combinaison de ces deux formes, avec une partie sur les processus et une ou deux parties sur les composants ou des sous-parties par composant dans les parties sur les processus⁷⁶².

Traditionnellement, l'on distingue les accords collectifs selon leur niveau de négociation. Ainsi, concernant les accords français, existent les accords collectifs au niveau national et interprofessionnel, au niveau de la branche, du groupe, de l'entreprise, de l'UES et de l'établissement. Nous retrouvons également un certain nombre d'accords traitant directement ou indirectement de la diversité au niveau européen et international.

Bien que nous ayons utilisé cette classification dans l'analyse de nos accords, il a fallu créer une classification qui ne se limite pas à la négociation, mais qui prenne en considération le champ matériel des accords. En excluant les accords dont le contenu est entièrement ou

⁷⁵⁶ Par exemple : Accord en faveur de la diversité et contre les discriminations de Strasbourg Électricité Réseaux du 14 novembre 2017.

⁷⁵⁷ Par exemple : Accord d'entreprise relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la diversité de la société Carl Zeiss Meditec France SAS du 18 juillet 2018

⁷⁵⁸ Accord du 11 décembre 2007 au sein de l'UES AXA Technology Services, sur les droits sociaux fondamentaux relatifs à la diversité et à l'égalité professionnelle, avenants du 22 décembre 2011, du 26 janvier 2015 et du 18 décembre 2018 comportant un plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁷⁵⁹ Hélène Garner-Moyer, « Quelle est la place du genre dans les accords sur la diversité ? », Actes du colloque Gender and diversity, ESCP, Paris, 2009.

⁷⁶⁰ Par exemple : accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la diversité et la qualité de vie au travail de Keolis Autocars Planche du 11 décembre 2020.

⁷⁶¹ Par exemple : accord diversité au sein de Metro France du 1^{er} octobre 2020.

⁷⁶² Par exemple : accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'égalité des chances, la prévention des discriminations et la qualité de vie au travail au sein de l'UES Eau de Saur du 27 février 2020.

principalement dédié à la diversité, nous avons identifié un grand nombre d'accords dans lesquels la diversité joue un rôle plus ou moins central mais dont la thématique ne se limite pas à notre sujet. Par conséquent, à côté de la classification traditionnelle du niveau de la négociation, l'on peut ajouter les catégories suivantes des accords diversité : les accords traitant de la diversité dans une optique RSE⁷⁶³, les accords traitant de la diversité dans une optique GPEC⁷⁶⁴ et enfin les accords traitant de la diversité dans une optique QVT⁷⁶⁵.

Une autre catégorie assez vaste est celle des accords mentionnant la diversité mais dont le contenu aborde exclusivement l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. L'égalité professionnelle étant une thématique faisant partie de la négociation obligatoire pour les entreprises et les branches, un très grand nombre d'accords collectifs sont conclus. Dans les accords collectifs, la diversité est très souvent liée à l'égalité professionnelle : parfois, ce lien produit des accords qui ne se limitent pas à l'égalité professionnelle mais examinent d'autres aspects de la diversité, tandis que dans d'autres cas, la référence à la diversité se limite au traitement de la question de l'égalité professionnelle.

Dans le cadre de notre recherche, avons choisi de nous concentrer notamment sur les accords traitant plusieurs aspects de la diversité et non pas sur des accords qui, malgré certaines références à la diversité, sont en réalité des accords sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Par exemple, l'accord relatif à l'égalité et la diversité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'UES Nexity Promotion Construction⁷⁶⁶ aborde exclusivement la thématique de l'égalité professionnelle et entre dans le cadre de la négociation relative à la qualité de vie au travail. Le préambule nous révèle pourquoi les négociateurs ont opéré ce lien de l'égalité professionnelle à la diversité : « Les parties au présent accord conviennent que l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes s'inscrit dans une dynamique commune avec l'ensemble des actions en faveur de la promotion, de la diversité et de l'égalité des chances. » Pour les signataires, l'égalité professionnelle constitue l'une des

⁷⁶³Par exemple, l'accord du groupe Casino du 18 avril 2014 et l'accord d'entreprise Merck Santé du 29 janvier 2010 sur la « Responsabilité Sociale de l'Entreprise, Diversité et Emploi ».

⁷⁶⁴ Par exemple, l'Accord du groupe Orange du 9 septembre 2014, Accord UES Batigère sur l'accord intergénérationnel et la GPEC du 30 décembre 2016, et l'Accord AXA France sur la gestion prévisionnelle de l'emploi, des compétences et des parcours professionnels du 17 mars 2016.

⁷⁶⁵ Par exemple, l'accord UES Batigère sur l'accord intergénérationnel et la GPEC du 30 décembre 2016, l'accord AXA France sur la gestion prévisionnelle de l'emploi, des compétences et des parcours professionnels du 17 mars 2016.

⁷⁶⁶Accord relatif à l'égalité et la diversité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'UES Nexity Promotion Construction du 29 octobre 2018.

démarches en faveur de la diversité. De la même façon, l'accord de branche du négoce de bois d'œuvre et de produits dérivés du 2 juillet 2009 « relatif à l'égalité professionnelle et à la diversité sociale » s'intéresse principalement à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et ne traite pas des autres aspects de la diversité. L'explication se trouve à nouveau dans le préambule de l'accord : « relevant que le taux d'emploi des femmes dans la branche est de 18 % (source rapport de branche 2006), l'objet de cet accord est de traduire et de définir un certain nombre de mesures visant à garantir et à promouvoir les principes d'égalité professionnelle et de diversité ». Le faible taux d'emploi des femmes dans ce secteur explique l'intérêt accru pour cet aspect de la diversité plutôt que pour d'autres.

Section 2. Objet et défis de la négociation collective en matière de diversité

154. Dans cette section, il s'agira de nous intéresser à la motivation inhérente à la négociation en matière de diversité ainsi qu'aux nouveaux défis que cette dernière est appelée à affronter. Inspirés par des incitations ou contraints par la loi, les partenaires sociaux opèrent sciemment un choix quand ils décident d'entamer un dialogue en matière de diversité et de conclure un accord intitulé « diversité » (paragraphe 1). Selon nous, au lieu de se limiter à une approche réactive face au législateur ou aux démarches RSE promues, les partenaires sociaux détiennent la capacité d'adopter une position proactive, en utilisant les moyens dont ils disposent pour aborder les défis actuels du monde du travail (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La raison d'être du dialogue social en matière de diversité

155. Pourquoi négocier ? Le sociologue Christian Thuderoz distingue deux catégories de motifs : les motifs « instrumentaux » et les motifs « intrinsèques »⁷⁶⁷ : les accords conclus pour des raisons instrumentales visent à aller au-delà du spectre de la thématique de l'accord : respecter la loi, éviter les conflits, équilibrer des rapports de force, éviter des coûts, etc. De l'autre côté, les accords conclus pour des raisons intrinsèques visent des résultats immédiats et sont les produits de prétentions qu'ont les parties sur certains biens ou certains droits.

La diversité se place entre ces deux motifs. D'un côté, les accords diversité dépassent bien la thématique en soi et se présentent comme une symbolique d'engagement, par exemple pour

⁷⁶⁷ Christian Thuderoz, *op.cit.*, p. 161 et s.

l'obtention du Label Diversité et l'amélioration de l'image commerciale de l'entreprise. En outre, bien qu'il n'existe pas d'obligation légale de négocier en matière de diversité, la majorité de ces accords traitent de thématiques pour lesquelles la négociation est bien obligatoire. Apparaît par conséquent un amalgame d'incitation et de contrainte, où les partenaires sociaux sont appelés à définir la diversité et choisir les aspects à examiner (A). Cependant, l'objet et l'objectif de l'accord seront quelque peu différents lorsque la thématique est saisie par la fonction publique (B).

A) La négociation en matière de diversité : entre incitation et contrainte

156. Au niveau européen, il convient de distinguer les accords contraints par une législation européenne, tels que la négociation d'un accord d'entreprise sur la mise en place d'un CEE, des accords purement volontaires. Nous placerons la diversité dans cette dernière catégorie, les accords européens et transnationaux adoptés en la matière ayant également des objectifs de RSE. En ce qui concerne les accords internationaux, nous retrouvons ainsi des accords volontairement conclus entre une entreprise multinationale et une fédération internationale, afin de définir les droits sociaux des salariés des filiales du groupe implantées dans différents pays⁷⁶⁸. La négociation internationale contribue ainsi à apporter de la cohésion en matière de droits sociaux sur un terrain caractérisé par la diversité des traditions et des pratiques sociales fondées sur des arrangements institutionnels plus ou moins développés⁷⁶⁹. Ce volontarisme provient également d'une envie d'« autorégulation » des grandes entreprises qui, en créant leurs propres normes, souhaitent anticiper les évolutions législatives ou encore éviter la création de nouvelles obligations légales⁷⁷⁰.

Les partenaires sociaux européens sont perçus comme les co-constructeurs de l'Europe sociale, associés à l'élaboration des normes communautaires par le biais de différentes procédures : selon les cas (déterminés par les Traités), cette association peut s'opérer par la consultation des partenaires sociaux, par le renvoi aux accords entre les partenaires sociaux ou encore par l'extension d'accords par le biais d'actes institutionnels⁷⁷¹. Nous mettons notamment l'accent sur les articles 154 et 55 du TFUE, qui obligent la Commission européenne de consulter les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union et, lorsqu'une action est

⁷⁶⁸ Christine Neau-Leduc, *op.cit.*

⁷⁶⁹ Bernard Saincy, « Responsabilité et négociation sociales à l'ère de la mondialisation », *Dr. soc.*, 2008, p. 80 ;

⁷⁷⁰ Christine Neau-Leduc, *op.cit.*

⁷⁷¹ Daniel Gadbin, « L'association des partenaires économiques et sociaux aux procédures de décision en droit communautaire », *RTD Eur.*, 2000, p. 1.

envisagée, de les consulter sur le contenu de la proposition. Cette disposition fait écho à la « loi négociée » déjà prévue en droit français depuis la loi du 31 janvier 2007, dite « de modernisation du dialogue social ». L'article L.1 du Code du travail impose un dialogue social tripartite couvrant une partie très vaste en droit du travail : « tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation »⁷⁷².

157. Au niveau de l'UE, les partenaires sociaux européens peuvent remettre à la Commission un avis ou une recommandation, ou encore exprimer leur volonté d'engager eux-mêmes des négociations et conclure un accord en la matière. En ce qui concerne la mise en œuvre de l'accord, il existe deux options : soit l'accord se met en œuvre selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres soit, dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission.

Certaines thématiques visées par ce processus et en rapport avec la diversité se retrouvent dans l'article 153 du TFUE : les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union, l'intégration des personnes exclues du marché du travail, l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail, et la lutte contre l'exclusion sociale. A ainsi été élaboré, après la consultation par la Commission des partenaires sociaux européens sur la thématique du congé parental, un premier accord collectif européen, ayant donné lieu à la Directive 96/81 du 3 juin 1996. Toutefois, comme le confirme l'arrêt de la CJUE du 24 octobre 2019⁷⁷³, le droit d'initiative de la Commission lui permet de décider de rendre des accords entre partenaires sociaux contraignants ou non. Lorsque la Commission décide de ne pas engager une action à la suite d'un accord collectif européen, la mise en œuvre est confiée aux partenaires sociaux, qui

⁷⁷² Le rôle des partenaires sociaux lors de cet échange avec le gouvernement n'est pas toujours évident ; par exemple, en ce qui concerne la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, la place des partenaires sociaux a été considérée comme relativement limitée et subsidiaire avec une marge de manœuvre plutôt réduite sur les points à négocier. V. Frédéric Guiomard, *op.cit.*

⁷⁷³ CJUE, arrêt du Tribunal, 24 octobre 2019, *European Federation of Public Service Unions (EPSU) et Jan Goudriaan contre Commission européenne*, aff. T-310 /18.

devraient s'assurer de la « transposition » de l'accord collectif, appelé « autonome », au niveau local. Bien évidemment, celui-ci implique le développement d'une coordination en collaboration avec les partenaires sociaux nationaux qui seront appelés à appliquer l'accord⁷⁷⁴, ce qui induit toutefois le risque d'une application différenciée⁷⁷⁵. Certains accords collectifs autonomes doivent être pris en compte et mis en œuvre par les partenaires sociaux nationaux lorsqu'ils négocient en matière de diversité : il en va par exemple ainsi de l'accord collectif européen autonome sur le télétravail (2002), sur le stress lié au travail (2004), sur le harcèlement et la violence au travail (2007) ou encore sur le vieillissement actif et l'approche intergénérationnelle (2017).

158. Il est possible de constater actuellement une baisse dans les chiffres des accords-cadres internationaux et les accords-cadres européens, un recul dû pour certains observateurs à la mise en place des procédures de mandatement par les fédérations syndicales européennes. Le chercheur Udo Rehfeldt donne l'exemple du syndicat IndustriAll Europe, qui impose désormais l'adoption d'un mandat de négociation et l'approbation du projet d'accord par une majorité des deux tiers des organisations syndicales de chaque pays concerné⁷⁷⁶. Il s'agit également d'une concurrence atypique entre les acteurs de la négociation à ce niveau : les fédérations syndicales européennes revendiquent l'exclusivité de la négociation et de la conclusion des accords collectifs européens, souvent entrepris par les Comités d'entreprise européens (CEE) ou d'autres acteurs. La Confédération Européenne des Syndicats (CES), en coopération avec les fédérations syndicales européennes et l'Institut syndical européen (ETUI), vise à établir une base de données autonome des accords d'entreprise transnationaux et européens, couvrant uniquement les accords signés et reconnus par les fédérations syndicales européennes et excluant tous les autres textes, qu'elle nomme « pseudo-accords », conclus par d'autres parties que les fédérations syndicales européennes et internationales répertoriées dans les bases de données de l'UE et de l'OIT⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Philippe Pochet, « Le dialogue social européen à la croisée des chemins », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2003/4 (Tome XLII), p. 45-58.

⁷⁷⁵ Christophe Vigneau, *op.cit.*

⁷⁷⁶ Udo Rehfeldt, « Stagnation des accords d'entreprise internationaux et recul des accords européens », *Chronique internationale de l'IREES*, n°174, juin 2021.

⁷⁷⁷ CES, *Programme d'action 2019 à 2023 de la CES*, 14^e Congrès, Vienne, 21- 24 mai 2019, §152, <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-08/CES-14e%20Congrès-Action%20Programme-FR-02.pdf>.

159. En France, l'introduction du terme « diversité » dans les thématiques de la négociation collective trouve sa source dans l'ANI relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006⁷⁷⁸. Cet ANI clarifie dès son préambule le point suivant : la diversité fait partie des thématiques pour lesquelles le législateur ne peut pas nécessairement intervenir, la tâche revenant aux partenaires sociaux et à la société civile de façon plus élargie : « sur un tel sujet, la loi ne peut pas tout ; c'est l'implication de chacun, entrepreneurs, salariés, représentants des organisations syndicales, clients, qui fera avancer la pluralité et la diversité dans l'entreprise ». Les articles 9 et 10 A, clauses impératives de l'accord, précisent comment les dispositions de l'ANI doivent se mettre en œuvre : au niveau de la branche, il faut prendre « les dispositions propres à assurer la promotion de la diversité et le respect de l'égalité de traitement notamment dans les différentes négociations qu'elles ouvriront (principe d'intégration transversale) ». Ceci implique une obligation de prendre en compte et intégrer la diversité dans les négociations, mais pas nécessairement d'initier des négociations traitant spécifiquement de la thématique de la diversité. Au niveau de l'entreprise, il faut s'assurer que le règlement intérieur respecte les dispositions de l'ANI. Quant à la négociation ou l'adoption d'un accord collectif en la matière, il existe une obligation d'agir, mais pas nécessairement une obligation de négocier. À défaut d'accord collectif de branche ou d'entreprise sur la diversité, l'employeur dispose de l'option d'agir unilatéralement et présenter une fois par an devant le CSE (lorsque l'entreprise en dispose) des éléments permettant de faire le point sur la situation en la matière. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, l'ANI contient certains éléments de contrainte mais également un grand nombre d'éléments d'incitation qui se placent davantage dans un domaine RSE, laissant une marge de manœuvre significative sur le contenu et la forme des actions à entreprendre.

Cette ambiguïté entre incitation et contrainte a depuis lors mis en cause la réussite de l'ANI sur la diversité. A priori, les partenaires sociaux sont impliqués et appelés à dialoguer en matière de diversité, pas seulement au niveau national mais aussi à celui de branche et d'entreprise. L'aboutissement de ce dialogue est la conclusion d'un accord collectif en matière de diversité. Le rapport de la DARES de 2014⁷⁷⁹, opérant une étude sur quatre-vingts accords en matière de diversité, révèle des éléments quant au véritable succès de l'ANI : sur une période de six ans (2006-2011), le nombre d'accords diversité est faible mais a tendance à augmenter. Selon la

⁷⁷⁸ Accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006.

⁷⁷⁹ Hélène Garner et Magali Recoules, *Égalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, n°182, DARES, 2014, p. 9 et s.

DARES, le nombre limité de ce type d'accords est dû à deux facteurs : une faible appropriation de la diversité par les partenaires sociaux et l'absence d'injonction légale à négocier ou à établir des textes sur ce thème. Toutefois, il convient premièrement de mettre en exergue le fait que l'étude s'est limitée à une période bien précise et aux accords traitant exclusivement la diversité, tout en laissant de côté les accords qui traitent la diversité en combinaison avec d'autres thèmes de négociation collective, tels que l'égalité professionnelle, la GPEC, la QVT, etc. D'un autre côté, l'absence d'obligation légale est un facteur non négligeable : il n'est pas surprenant que le nombre d'accords traitant une thématique imposée par le législateur soit bien supérieur par rapport aux accords traitant exclusivement de la diversité. Signalons toutefois que, dans les préambules des accords de branche, les partenaires sociaux mettent l'accent sur le fait que les dispositions des accords diversité s'inscrivent dans le cadre de l'ANI diversité⁷⁸⁰. Quant à eux, les partenaires sociaux de branche jouent un rôle décisif pour inciter les partenaires sociaux d'entreprise à négocier en la matière⁷⁸¹. Les conséquences de cette démarche volontaire qu'était l'ANI « diversité » peuvent sembler limitées d'un point de vue quantitatif mais font désormais partie du dialogue social à tous les niveaux.

160. Selon l'étude d'impact de la loi d'habilitation, « l'expérience montre cependant que la seule incitation à négocier ne suffit pas pour provoquer l'enclenchement de négociations et moins encore la conclusion automatique d'accords. D'une part, l'incitation peut s'avérer inefficace, dans un contexte économique contraint, si les parties ont le sentiment qu'elles ne peuvent que compléter "en plus" les obligations relevant de la loi et de la convention de branche ou qu'elles ne peuvent s'emparer de tous les sujets ou n'y déroger qu'à la marge. D'autre part, certains sujets sont délicats ou complexes à aborder »⁷⁸². La thématique de la diversité rencontre les deux obstacles : d'un côté, les exigences légales quant à la négociation de certains aspects de la diversité, notamment l'égalité professionnelle, se sont progressivement multipliées; d'un autre côté, la diversité comprend des aspects pour lesquels la loi ne prévoit pas d'obligations conventionnelles et que les partenaires sociaux n'osent pas d'aborder en profondeur en raison

⁷⁸⁰ Par exemple : Accord des sociétés d'assistance du 8 décembre 2010 relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, à la mixité et à la diversité, Accord des entreprises des services d'eau et d'assainissement du 2 mars 2010 relatif à la diversité dans l'entreprise, Accord des sociétés financières du 20 février 2008 relatif à la diversité dans l'entreprise, Accord du commerce de détail de l'horlogerie bijouterie du 13 février 2009 relatif à la diversité.

⁷⁸¹ Par exemple : dans l'accord d'entreprise de Cofiroute, les partenaires sociaux précisent que cet accord s'inscrit dans le cadre des dispositions conventionnelles en vigueur et plus précisément de l'accord national de branche relatif « à la diversité et à l'égalité des chances » du 19 avril 2018.

Accord d'entreprise Cofiroute « relatif à la qualité de vie au travail, à la promotion de l'égalité des chances et de la diversité ainsi qu'à la prévention des risques de discrimination » du 24 janvier 2019.

⁷⁸² Assemblée Nationale, *Étude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures les mesures pour le renforcement du dialogue social*, 27 juin 2017.

de leur caractère sensible (notamment les aspects touchant aux origines ethniques et convictions religieuses). L'étude d'impact constate que malgré le reproche fait aux pouvoirs publics de trop se substituer aux partenaires sociaux, leur intervention semble nécessaire pour que la négociation progresse sur certaines thématiques. La production d'un nombre significatif d'accords collectifs sur des thématiques où la négociation est obligatoire montre que la contrainte administrative constituait la réelle motivation. Toutefois, la quantité n'implique pas nécessairement la qualité des accords collectifs. Lorsque les accords signés se limitent à la paraphrase ou au « copier-coller » du code ou de la convention de branche, l'intérêt n'est pas le même et la négociation collective ne remplit, à l'évidence, pas sa fonction⁷⁸³. Par conséquent, ces négociations ne conduisent pas à des accords et des réalisations « probants » dans l'entreprise et dans le domaine visé. Ces constats sont d'autant plus exacts pour les négociations en matière de diversité, où les partenaires sociaux semblent hésitants à l'idée d'aller plus loin que ce que la loi prévoit.

161. La négociation obligatoire et son rattachement à la diversité. Les accords diversité traitent en effet d'une multitude de thématiques et se limitent très rarement à la thématique de la diversité telle que définie par la Charte de la Diversité ou encore l'ANI. La diversité devient par conséquent une thématique « chapeau » qui couvre plusieurs domaines, pour lesquels le législateur contraint l'employeur à agir.

Le législateur a accordé une place spéciale à la négociation collective en rendant obligatoire la négociation de certaines thématiques. La loi Auroux sur la négociation collective du 13 novembre 1982⁷⁸⁴ a forgé le droit de la négociation collective en instaurant des obligations de négocier dans la branche et dans l'entreprise⁷⁸⁵. Depuis lors, ces thématiques se sont multipliées dans la forme et le contenu, avec des obligations de négociation annuelles, triennales ou quinquennales et des thématiques diverses en matière salariale, en matière de formation ou encore pour la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des salariés (GPEC). Parmi ces négociations obligatoires figurent des thématiques en lien avec la diversité et qui sont, dès lors, souvent intégrées dans les accords diversité.

⁷⁸³ Jean-Emmanuel Ray, *op.cit.*, p. 726.

⁷⁸⁴ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), JORF du 14 novembre 1982.

⁷⁸⁵ V. aussi l'analyse de Sophie Nadal, « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective – Engagement de la négociation », In *Rép. trav.*, Octobre 2019 (actualisation : Février 2020), §262 et s.

La première thématique que nous avons ciblée au sein de la majorité des accords diversité est l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, pour laquelle la négociation est devenue obligatoire au niveau de la branche et de l'entreprise par la loi Génisson du 9 mai 2001⁷⁸⁶. Plusieurs réformes ont suivi cette première loi pour davantage préciser l'objet de la négociation et les résultats visés : la loi du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes⁷⁸⁷ a imposé la négociation de mesures de rattrapage salarial et la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites⁷⁸⁸ a quant à elle imposé à toutes les entreprises d'au moins 50 salariés d'être couvertes par un accord ou un plan d'action en matière d'égalité professionnelle. Le régime a été à nouveau modifié par la loi Rebsamen du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi⁷⁸⁹, qui intègre la thématique de l'égalité professionnelle dans le cadre des négociations annuelles obligatoires et opère une ouverture en incluant dans la négociation la qualité de vie au travail (QVT) ainsi que la thématique de la lutte contre les discriminations⁷⁹⁰. La thématique de la QVT a été, d'ailleurs, déjà introduite en tant que sujet de négociation par l'ANI du 19 juin 2013⁷⁹¹, lequel associe la QVT avec l'égalité professionnelle en visant plus spécifiquement l'amélioration des conditions de travail et l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle. Les accords diversité intègrent souvent les négociations pour la QVT, ce qui résulte à associer la thématique de la diversité aux dispositifs pour le bien-être au travail.

Le critère de l'âge, et plus spécifiquement l'emploi des seniors, a également fait l'objet d'un ANI le 13 octobre 2005⁷⁹², avant de donner lieu à des dispositions légales en 2008 et 2009⁷⁹³. Ces dernières imposaient aux entreprises d'au moins cinquante salariés de négocier un accord collectif ou de dresser un plan d'action sur l'emploi des seniors. Cette obligation a incité les partenaires sociaux à conclure des accords en la matière, portant notamment sur le maintien dans l'emploi des seniors⁷⁹⁴.

⁷⁸⁶ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes les hommes.

⁷⁸⁷ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

⁷⁸⁸ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

⁷⁸⁹ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

⁷⁹⁰ Nicolas Moizard, « La négociation sur l'égalité professionnelle et sur la lutte contre les discriminations de la loi « Rebsamen » du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi », *RDT*, 2015, p. 616.

⁷⁹¹ Accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 sur l'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle

⁷⁹² Françoise Favennec-Héry, « L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas », *JCP S*, 2005, 1329

⁷⁹³ Loi n°2008-1330 de financement de sécurité sociale du 17 décembre 2008 et les décrets n°s 2009-560 et 2009-564 du 20 mai 2009, V. aussi Thibault Meiers, « Le nouveau dispositif en faveur de l'insertion durable des seniors dans l'emploi : enjeux et perspectives », *RTD*, 2009, p. 651.

⁷⁹⁴ Yann Leroy, « À propos de quelques accords collectifs relatifs à l'emploi des seniors... », *RDT*, 2010, p. 34.

Enfin, nous retrouvons également des accords collectifs diversité négociés dans une optique de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), une thématique pour laquelle une obligation de négociation était également mise en place par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005⁷⁹⁵. L'ancien article L.2241-13 du Code du travail prévoyait, plus précisément, une obligation de négociation triennale, dans les entreprises et groupes d'au moins trois cents salariés ainsi que dans les entreprises et groupes communautaires. La négociation porte sur la gestion des emplois et des parcours professionnels ainsi que sur la mixité des métiers⁷⁹⁶. La diversité s'intègre bien dans les objectifs poursuivis par la GPEC. En effet, en tant qu'outil de restructuration interne qui vise à anticiper des conséquences sociales et économiques futures, la GPEC a également été liée avec les ressources humaines et les politiques de RSE⁷⁹⁷. Elle met en avant les compétences des salariés dans le but de favoriser l'adaptabilité des salariés aux évolutions des emplois à travers la mise en place de dispositifs spécifiques tels que le compte personnel de formation, de validation des acquis de l'expérience et de bilan de compétences⁷⁹⁸. En outre, certaines catégories du personnel sont spécifiquement visées, notamment le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions⁷⁹⁹ ainsi que, de façon optionnelle, l'emploi de jeunes et de seniors⁸⁰⁰, la négociation pouvant porter sur la formation et l'insertion durable des jeunes dans l'emploi, l'emploi des salariés âgés et la transmission des savoirs et des compétences

162. Le paysage de relations collectives, et plus particulièrement le régime de la négociation collective obligatoire, ont été profondément modifiés à la suite de la loi Travail du 8 août 2016⁸⁰¹ et des ordonnances du 22 septembre 2017⁸⁰². Ces modifications affectent également les thématiques soumises à une obligation de négociation, ainsi que l'articulation entre les différents niveaux de négociation. Une thématique se distingue clairement, en conservant son statut de thématique incontournable de la négociation au niveau de la branche et de l'entreprise : l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁷⁹⁵ Loi n°2005-32 de programmation de cohésion sociale du 18 janvier 2005.

⁷⁹⁶ Depuis la Loi n°2015-994 du 17 août 2015, art. 19-IV.

⁷⁹⁷ Arnaud Martinon, « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *Dr. soc.*, 2011, p. 613.

⁷⁹⁸ Art. L.2242-20 C.tr.

⁷⁹⁹ Art. L.2242-20 6° C.tr.

⁸⁰⁰ Art. L.2242-21 6° C.tr.

⁸⁰¹ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁸⁰² Ord. n°2017-1385 et 2017-1386 du 22 sept. 2017.

Au niveau de la branche, plusieurs thématiques liées à la diversité et pour lesquelles la négociation demeure obligatoire tous les quatre ans se retrouvent⁸⁰³ : l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et le rattrapage salarial, sur les mesures destinées à faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés proches aidants⁸⁰⁴, les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés. Un accord de méthode négocié par les partenaires sociaux eux-mêmes peut préciser le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans la branche ou le secteur professionnel considéré⁸⁰⁵, la seule restriction étant de respecter la périodicité de quatre ans pour les thèmes obligatoires⁸⁰⁶. À défaut d'accord de méthode, les dispositions supplétives s'appliquent avec une obligation d'obligation triennale prévue pour les thématiques de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (article L.2241-11 du Code du travail), ainsi que pour les « conditions de travail et GPEC » (article L.2241-12 du Code du travail) et pour les travailleurs handicapés (article L.2241-13 du Code du travail).

Au niveau de l'entreprise et concernant les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'article L.2242-1 du Code du travail prévoit l'obligation d'engager une négociation sur l'égalité professionnelle au moins une fois tous les quatre ans. Cette négociation doit notamment porter sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et sur la qualité de vie au travail. Pour les entreprises d'au moins trois cents salariés, une négociation obligatoire s'ajoute tous les trois ans, portant sur la gestion des emplois et des parcours professionnels⁸⁰⁷. En l'absence d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'employeur est tenu d'établir un plan d'action annuel destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁸⁰⁸. En l'absence d'accord prévoyant les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, la négociation sur les salaires effectifs porte également sur la programmation de mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes⁸⁰⁹.

⁸⁰³ Art. L.2241-1 C.tr.

⁸⁰⁴ Depuis la Loi n°2019-485 du 22 mai 2019, art. 1^{er}.

⁸⁰⁵ Art. L.2241-4 C .tr.

⁸⁰⁶ Art. L.2241-5 C.tr.

⁸⁰⁷ Art. L.2242-2 C.tr.

⁸⁰⁸ Art.L.2242-3, al.1 C.tr.

⁸⁰⁹ Art.L.2242-3, al.2 C.tr.

En matière d'égalité professionnelle, l'obligation de négociation n'est pas nécessairement une obligation de conclusion d'un accord collectif mais demeure une obligation d'agir. À l'issue de la négociation, l'entreprise (d'au moins cinquante salariés) doit être couverte soit par un accord collectif, soit, à défaut d'accord, par un plan d'action. Si un accord est conclu, celui-ci peut également prévoir la périodicité de sa négociation dans la limite de quatre ans⁸¹⁰. Il s'agit bien d'une obligation de résultat, puisque l'inertie de l'employeur (absence d'accord ou, à défaut, absence de plan d'action) sera sanctionnée par une pénalité pouvant représenter au maximum 1 % « des rémunérations et gains » de l'entreprise⁸¹¹. Les associations « Pouvoir citoyen » et « Les Effronté-e-s » ont souhaité porter à la connaissance du public la liste des entreprises françaises sanctionnées pour défaut d'accord ou de plan d'action relatifs à l'égalité professionnelles entre les femmes et les hommes, dans un objectif de transparence et en se fondant sur la liberté d'expression et l'art. 10 de la CEDH. Leur demande a toutefois été rejetée par la ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes, par le tribunal administratif de Paris⁸¹² ainsi que, finalement, par le Conseil d'État⁸¹³.

La GPEC demeure également une thématique de négociation obligatoire pour les entreprises d'au moins 300 salariés et les entreprises à dimension communautaire, la seule différence avec le régime antérieur étant que la périodicité de négociation peut passer à quatre ans⁸¹⁴. Pour toute autre thématique, la loi permet aux entreprises d'engager des négociations (à l'initiative de l'employeur ou des organisations syndicales représentatives) afin de déterminer le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans le groupe, l'entreprise ou l'établissement⁸¹⁵. À défaut de la mise en place d'un accord de méthode, d'autres thématiques intègrent le champ des négociations obligatoires en entreprise : la négociation annuelle sur l'égalité professionnelles entre les femmes et les hommes et la QVT, ainsi qu'une négociation triennale sur la gestion des emplois et des parcours professionnels (article L. 2242-13 du Code du travail). Des dispositions supplétives spécifiques sont prévues pour la négociation sur l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des salariés handicapés, négociation qui se déroule désormais sur la base d'un rapport établi par l'employeur présentant la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés⁸¹⁶.

⁸¹⁰ Art. L.2242-12 C.tr.

⁸¹¹ Art. L.2242-8 C.tr.

⁸¹² TA Paris, 15 mars 2018, n°1711380/5-2, *AJDA* 2018. 1594.

⁸¹³ CE 3 juin 2020, n°421615 B: *AJDA* 2020. 1588; *RJS* 8-9/2020, n°402.

⁸¹⁴ Art. L. 2242-2 C.tr.

⁸¹⁵ Art. L.2242-10 et L.2242-11C.tr.

⁸¹⁶ Art. L.2242-18 C.tr.

163. Enfin, un autre point important issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 tient à l'articulation des accords collectifs et la distinction, dorénavant, en trois blocs de négociation. Au sein du premier bloc⁸¹⁷, l'on retrouve les thématiques pour lesquelles la primauté est accordée aux conventions de branche, parmi lesquelles se trouve l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. L'accord d'entreprise ne peut s'appliquer que s'il prévoit des garanties au moins équivalentes à celles prévues au niveau de la branche. Pour la deuxième catégorie⁸¹⁸, la convention de branche « ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large » peut prévoir des clauses de verrouillage : lorsque la convention ou accord de branche le stipule expressément, l'accord d'entreprise ne peut s'appliquer que s'il comporte des garanties au moins équivalentes. À défaut d'une telle clause, l'accord d'entreprise s'applique. Parmi les thématiques concernées figurent l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés. Enfin, le troisième et dernier bloc⁸¹⁹ consacre la primauté des accords d'entreprise pour toute autre thématique, non incluse dans les deux premières catégories. L'accord de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large ne s'applique qu'en l'absence d'accord d'entreprise.

Il est important de signaler que les accords d'entreprise en matière de diversité comprennent souvent des thématiques qui appartiennent aux trois blocs décrits ci-dessus, ce qui, notamment en présence d'accords conclus à différents niveaux de négociation, rend particulièrement compliquée la recherche de l'accord et des dispositions à appliquer. Ainsi, une partie de l'accord peut porter sur une thématique pour laquelle prime l'accord d'entreprise ; pour les dispositions relatives à l'égalité professionnelle des femmes et des hommes, il faudra vérifier si l'accord d'entreprise prévoit des garanties au moins équivalentes à celles prévues au niveau de branche ; enfin, pour les accords diversité traitant du handicap, il faudra vérifier si l'accord de branche inclut une clause de verrouillage, ce qui nécessitera également de vérifier si les garanties prévues au niveau de l'entreprise sont au moins équivalentes à celles prévues au niveau de branche. Nous sommes en présence d'un basculement du principe de faveur au profit

⁸¹⁷ Art. L.2253-1 C.tr.

⁸¹⁸ Art. L.2253-2 C.tr.

⁸¹⁹ Art. L.2253-3 C.tr.

d'un principe d'équivalence : sans exclure l'éventualité de bénéficier de des dispositions plus favorables, des garanties analogues sont désormais suffisantes⁸²⁰.

Quant à la recherche de « la garantie au moins équivalente », il s'agit d'une tâche difficile qui a beaucoup préoccupé la doctrine ainsi que le législateur et qui crée une véritable concurrence entre les normes⁸²¹. Comment l'équivalence doit-elle être évaluée ? Compare-t-on chacune des garanties ayant la même cause et le même objet (plus avantageux pour le salarié) ou les accords d'une façon globale (moins avantageux) ? La Cour de cassation avait initialement opté pour la méthode comparative de chaque disposition⁸²² mais aussi, dans certains cas, pour une appréciation plus globale⁸²³. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 22 septembre 2017⁸²⁴ a apporté une clarification, en précisant que cette équivalence doit être appréciée « domaine par domaine ». Le Professeur Frédéric Géa a examiné la mobilisation des partenaires sociaux et leur appropriation de la référence « garanties au moins équivalentes » au sein des accords collectifs depuis les ordonnances de 2017⁸²⁵. Il a constaté que pour une grande partie des entreprises, il existe toujours une difficulté de compréhension et de maîtrise de cette disposition, et d'articulation entre les différents niveaux de négociation.

B) La diversité saisie par la fonction publique : l'exemple des organismes de la sécurité sociale

164. Les accords en matière de diversité sont le plus souvent associés aux entreprises de droit privé. Toutefois, notre recherche a montré qu'il existe un grand nombre d'accords propres aux organismes de sécurité sociale ou à d'autres organismes privés ayant une mission à caractère public. Plus particulièrement, un nombre important d'accords collectifs en matière de diversité a été signé au sein des organismes de sécurité sociale, qu'il s'agisse de personnes de droit public (par exemple : la CAF, l'UGECAM) ou de personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public⁸²⁶ (par exemple la CPAM). Notamment pour ces

⁸²⁰ Gilles Auzero, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », *Dr. soc.*, 2017, p. 1018, Alexis Bugada, « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », *JCP S*, n°6, 13 février 2018, 1056.

⁸²¹ Alain Sauret, « Conventions de branche : des variations de périmètres entre ordre conventionnel et régulation de la concurrence », *JCP S*, n°6, 13 février 2018, 1055.

⁸²² Cass. ass. plén. 18 mars 1988, n°84-40.083, *Bull. civ.* 1988 A.P. N°3 p. 3.

⁸²³ Cass. soc. 19 févr. 1997, n°94-45.286, *Bull. civ.* V, n°70 ; *D.* 1997. 75 ; *Dr. soc.* 1997. 432, obs. G. Couturier.

⁸²⁴ Ministère du travail, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

⁸²⁵ Frédéric Géa, « De l'usage de la référence aux « garanties au moins équivalentes », *RDT*, 2021, p. 37.

⁸²⁶ Le terme a été davantage concrétisé à la suite d'un arrêt du Conseil d'État du 22 février 2007 qui reconnaît la possibilité pour une personne privée d'assurer une mission de service public, même en l'absence de prérogatives

dernières, cette tendance répond parfaitement aux incitations européennes : dans sa Communication de 2011 sur la RSE, la Commission européenne énonçait que : « il est particulièrement important que les entreprises se conduisent de manière responsable lorsque ce sont des opérateurs du secteur privé qui fournissent des services publics. Les efforts consentis par ces dernières pour atténuer les conséquences sociales de la crise économique actuelle, y compris au niveau des pertes d'emplois, font partie de la responsabilité sociale des entreprises » (art.1.2)⁸²⁷. Un aperçu du régime de la négociation collective au sein de la fonction publique est nécessaire avant d'examiner son rapport avec la thématique de la diversité.

165. Négociation au sein de la fonction publique. La négociation collective au sein de la fonction publique a suivi un chemin très différent de celui du droit privé. Très longtemps, le dialogue social était associé à un esprit conflictuel et contestataire, incompatible pour certains avec la fonction publique⁸²⁸. Largement conçue comme facultative et volontaire⁸²⁹, la négociation au sein de la fonction publique a été consacrée par la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social⁸³⁰, une loi qui a profondément modifié la loi *Le Pors* du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires⁸³¹. Cette loi a permis aux organisations syndicales de mener des négociations au niveau national ainsi qu'au niveau de la collectivité ou de l'établissement. Bien qu'au niveau national, les thématiques de la négociation soient limitées⁸³², en ce qui concerne les différentes autorités publiques, les organisations syndicales de fonctionnaires ont l'option (et non pas de contrainte) d'entamer des négociations sur un grand nombre de thématiques, y compris les conditions et l'organisation du travail, le déroulement des carrières et la promotion professionnelle, la formation professionnelle, l'insertion professionnelle des personnes handicapées et l'égalité professionnelle entre les

de puissance publique. CE 22 février 2007, APREI, n°26454, v. aussi Erwan Royer, « Qu'est-ce qu'une personne privée chargée d'une mission de service public ? CE, sect., 22 février 2007, APREI, n°26454 », *D. act.*, 6 mars 2007.

⁸²⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européenne et au Comité des régions, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014* /* COM/2011/0681 final *.

⁸²⁸ Le Professeur Antoine Delblond appelait à la dissociation du dialogue social de la grève afin de parvenir à un véritable dialogue social au sein de la fonction publique. Antoine Delblond, « Dialogue social dans la fonction publique : remédier ou progresser », *AJFP*, 2009, p. 281.

⁸²⁹ Loi n°2010-751 du 5 juillet 2010, relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

⁸³⁰ Laura Derridj, *Organiser le dialogue social dans sa collectivité*, Paris, Dalloz, 2020, p. 5.

⁸³¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁸³² Art. 8 bis de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires : « Les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour participer au niveau national à des négociations relatives à l'évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics avec les représentants du Gouvernement, les représentants des employeurs publics territoriaux et les représentants des employeurs publics hospitaliers. »

femmes et les hommes⁸³³. La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique⁸³⁴ a réformé à nouveau le dialogue social et les acteurs de ce dialogue au sein de la fonction publique. Son article 14 prévoit que le Gouvernement est habilité à prendre, par ordonnance, toutes dispositions relevant du domaine de la loi afin de favoriser, aux niveaux national et local, la conclusion d'accords négociés dans la fonction publique : en définissant les autorités compétentes pour négocier ; en fixant les modalités d'articulation entre les différents niveaux de négociation ainsi que les conditions dans lesquelles des accords locaux peuvent être conclus en l'absence d'accords nationaux ; et en définissant les cas et conditions dans lesquels les accords majoritaires disposent d'une portée ou d'effets juridiques, en précisant les modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords, leurs conditions de conclusion et de résiliation et en déterminant les modalités d'approbation qui permettent de leur conférer un effet juridique.

Précisons qu'auparavant, conformément à la loi et la jurisprudence administrative, un accord collectif valablement conclu entre une autorité administrative et les organisations syndicales ne revêtait aucun caractère contractuel, et était dépourvu de valeur juridique contraignante, dans la mesure où il se trouvait assimilé à un engagement moral⁸³⁵. Seuls les accords « validés » ou « majoritaires » selon les critères fixés par le Gouvernement obligerait l'administration à prendre une décision lui conférant un effet juridique⁸³⁶ ; cependant, en aucune hypothèse, l'accord ne pouvait automatiquement et de façon autonome acquérir un poids juridique contraignant. L'ordonnance du 17 février 2021 relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique⁸³⁷ met fin à ce régime, contractualise les accords collectifs conclus par les autorités publiques et leur accorde des effets juridiques. Comme le constate le Maître des requêtes au Conseil d'État, Florian Roussel, « l'inopposabilité juridique des accords était perçue comme un frein au développement de la négociation collective dans la fonction publique », permettant l'inexécution partielle ou totale des accords collectifs et déresponsabilisant les partenaires sociaux par la reprise de l'accord dans un acte réglementaire de l'autorité compétente⁸³⁸. En outre, l'ordonnance élargit le champ matériel de la négociation

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ Loi n°2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

⁸³⁵ Florian Roussel, « La contractualisation des accords collectifs dans la fonction publique. Une avancée historique mais prudente », *AJDA*, 2021, p. 1013, Laura Derridj, *op.cit.*, p. 7, François-Xavier Fort, « Négociation collective dans la fonction publique – Année 0 », *Dr. soc.*, 2021, p. 649. V. en ce sens la jurisprudence du CE 4 juillet 1975, req. n°94099, CE 1^{er} octobre 2013, req. n°363288.

⁸³⁶ Laura Derridj, *op.cit.*, p. 9.

⁸³⁷ Ord. n°2021-174 du 17 février 2021 relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique.

⁸³⁸ Florian Roussel, *op.cit.*

en ajoutant d'autres potentielles thématiques de négociation, parmi lesquelles on retrouve « la promotion de l'égalité des chances et la reconnaissance de la diversité et la prévention des discriminations dans l'accès aux emplois et la gestion des carrières »⁸³⁹. Les acteurs à qui appartient cette nouvelle tâche sont les organisations syndicales représentatives des fonctionnaires et les employeurs publics. Enfin, l'ordonnance du 24 novembre 2021 procède à la codification de l'ensemble des dispositions législatives et renforce la lisibilité du droit de la fonction publique. En vigueur à partir du 1er mars 2022, le nouveau code général de la fonction publique comporte un Titre II intitulé « négociation et accords collectifs » qui définit les acteurs habilités à négocier, l'objet et contenu des accords, les autorités compétentes pour conclure, signer ou approuver un accord, les conditions de majorité des accords ainsi que les modalités de suivi, de modification, de suspension et de dénonciation des accords.

166. Diversité au sein de la fonction publique. La fonction publique a depuis longtemps promu la thématique de la diversité et de la lutte contre les discriminations dans un effort de « montrer l'exemple »⁸⁴⁰. Bien que les démarches RSE et de droit souple puissent sembler contradictoires par rapport au cadre juridique contraignant de la fonction publique, nous constatons un grand nombre de démarches volontaristes visant à impulser de nouvelles politiques sur différents sujets tels que le développement durable et la diversité⁸⁴¹. Comme le précise le rapport du Professeur Yannick L'Horty sur les discriminations dans l'accès à l'emploi public⁸⁴², la « mission historique » de la fonction publique est celle de la promotion de la diversité et de l'accueil en ses rangs de tous les Français, indépendamment de leur origine sociale. Apparaît également le lien entre les objectifs d'égalité et de lutte contre les discriminations, ainsi que la promotion du dialogue social et de la négociation collective. Dans sa Charte pour la promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations dans la fonction publique de 2013⁸⁴³, la Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) propose de faire du dialogue social « l'une des clés de voûte de la promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations », afin de « parvenir à une fonction publique

⁸³⁹ Art. 8 ter de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, créé par l'Ord. n°2021-174 du 17 février 2021.

⁸⁴⁰ Emploi public, « La diversité dans la fonction publique », <https://infos.emploipublic.fr/connaitre-la-fonction-publique/la-diversite-dans-la-fonction-publique-eet-26>.

⁸⁴¹ Geneviève Iacono, Daniel Donzel, *La gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales*, Paris, Gualino, Lextenso, 2013, p. 152.

⁸⁴² Yannick L'Horty, Rapport au Premier Ministre, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, juin 2016, p. 10.

⁸⁴³ DGAFP, *Charte pour la promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, 17 décembre 2013.

exemplaire » sur l'ensemble du territoire national et impulser une dynamique à tous les niveaux. Les partenaires sociaux devront pour ce faire décliner les objectifs de la Charte au sein de chaque administration. Le même engagement se retrouve dans le rapport de 2018 de la DGAFP⁸⁴⁴, qui souligne l'importance d'intégrer la diversité, l'égalité professionnelle et la prévention des discriminations dans l'ensemble des politiques publiques, ainsi que l'importance de la mobilisation de l'ensemble des acteurs pour y parvenir : « les politiques de prévention des discriminations et de diversité doivent être déclinées dans des accords négociés avec les partenaires sociaux et, en tout état de cause, prendre une place importante dans le dialogue social ». Selon le nouveau code général de la fonction publique, la diversité fait désormais partie des possibles thématiques de négociation : l'article L.222-3, 6° prévoit que les accords peuvent porter sur les domaines relatifs « à la promotion de l'égalité des chances, à la reconnaissance de la diversité et la prévention des discriminations dans l'accès aux emplois et la gestion des carrières ».

Un secteur spécifique s'est montré particulièrement actif en matière de négociation collective pour la diversité : il s'agit des organismes de sécurité sociale. Ces derniers ont en effet signé le 21 mars 2011 une convention nationale sur la promotion de la diversité et de l'égalité des chances⁸⁴⁵ en expliquant l'importance de mettre en place des politiques de diversité au sein de ces organismes : « par la finalité de son activité et des valeurs qu'il véhicule, le régime général de la sécurité sociale porte une responsabilité sociale particulière en termes de promotion de la diversité, de non-discrimination et d'égalité des chances ». Pour y parvenir, la convention prévoit une déclinaison locale de l'accord de branche qui fait écho aux dispositions légales relatives à l'égalité professionnelle au sein des entreprises de droit privé : selon l'article 5, chaque organisme de plus de 50 salariés, engage, au regard du présent accord, une négociation avec les partenaires sociaux sur la promotion de la diversité et de l'égalité des chances. Si aucun accord n'est conclu, l'organisme décline les dispositions du présent accord au travers d'un plan d'action. Cette même disposition figure dans le protocole du 28 juin 2016 de l'Union des Caisses Nationales de sécurité sociale (UCANSS)⁸⁴⁶, faisant suite au protocole du 21 mars 2011, qui intègre l'obligation annuelle de négocier sur l'égalité entre les hommes et les femmes au sujet de « l'ensemble des thèmes entrant dans le cadre de la responsabilité sociale de

⁸⁴⁴ DGAFP, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et à la prise en compte de la diversité*, 2018.

⁸⁴⁵ Convention collective nationale des organismes de sécurité sociale, accord du 21 mars 2011 relatif à la promotion de la diversité et à l'égalité des chances.

⁸⁴⁶ Protocole d'accord du 28 juin 2016 relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de l'Union des Caisses Nationales de sécurité sociale.

l'entreprise ». En effet, une importance particulière est accordée à la thématique de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes au sein des organismes de sécurité sociale, en visant toutefois à associer la thématique avec des sujets plus vastes, tels que de la QVT : l'objectif est d'élargir le champ de négociation « sans oublier que l'égalité reste un objet de travail à part entière, qui peut impliquer des réflexions ciblées en direction des femmes »⁸⁴⁷. À la suite de cet accord, un grand nombre d'organismes de sécurité sociale, notamment des CPAM⁸⁴⁸ et des CAF⁸⁴⁹, ont procédé à la conclusion d'accords collectifs en matière de diversité.

167. Enfin, le Label Diversité était également très promu au niveau politique. Présenté en tant qu'engagement politique et symbolique, pendant le comité interministériel « Égalité et citoyenneté » de mars 2015, le Gouvernement a décidé que les ministères évalueraient leurs procédures en matière de gestion des ressources humaines afin de candidater au Label Diversité, avec une préférence pour l'acquisition du double Label Diversité- Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Le portail de la Fonction publique révèle l'engagement renforcé de la fonction publique à la labellisation : quarante organismes publiques ont ainsi obtenu et conservé le Label Diversité, y compris six ministères (les ministères économiques et financiers, les ministères sociaux, le ministère de la Culture, le ministère de l'Intérieur, le ministère de l'Agriculture, les services du Premier ministre), dix-sept établissements publics sous tutelle du ministère de la Culture, un établissement public sous la double tutelle des ministères chargés de la Recherche et de l'Agriculture (l'INRAE), le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil d'État, sept grandes ou petites collectivités et six établissements hospitaliers.

Paragraphe 2. Les nouveaux enjeux de la négociation collective en matière de diversité

168. La primauté accordée à la voie conventionnelle, notamment depuis les ordonnances de 2017, place les partenaires sociaux, du côté patronal et du côté des salariés, dans une position

⁸⁴⁷ Carole Bonvalot, « L'égalité femmes/hommes à la sécurité sociale », *EN3S-École nationale supérieure de Sécurité sociale*, « Regards », 2016/2 N°50, pp. 149 à 157.

⁸⁴⁸ Par exemple : Accord sur la promotion de la diversité, de l'égalité des chances et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes de la CPAM des Alpes-Maritimes du 21 février 2020, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la CPAM de la Meuse du 24 septembre 2020, Accord sur la diversité et l'égalité des chances de la CPAM de la Charente du 20 décembre 2018.

⁸⁴⁹ Par exemple : Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caisse d'Allocations Familiales des Alpes Maritimes du 27 mars 2019 et du 1er juillet 2020, Protocole d'accord local relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances et à l'égalité entre les femmes et les hommes de la CAF de la Haute Marne du 13 janvier 2020, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caisse d'allocation familiales du Val de Marne de 2017.

de responsabilité en ce qui concerne la construction même du droit du travail. Acteurs en contact constant avec la réalité et les difficultés pratiques de chaque branche ou entreprise, les partenaires sociaux sont tenus, lors des négociations, de prendre en considération ces différents éléments.

Pour parvenir à une négociation effective en matière de diversité, il est nécessaire de l'associer aux enjeux sociétaux actuels. La crise sanitaire due au COVID 19 a été révélatrice des inégalités, qui ne peuvent être ignorées par les partenaires sociaux (B). Elle a donné lieu à une négociation collective accrue pour faire face à la nouvelle réalité de travail en 2020 et 2021, notamment en ce qui concerne la mise en place généralisée de différentes formes de télétravail. Outre les besoins organisationnels du fonctionnement d'une entreprise à l'occasion de la survenue d'une pandémie mondiale, il serait utile dans les prochaines négociations en matière de diversité, d'égalité et de lutte contre les discriminations, de prendre davantage en considération comment cette situation a affecté certaines catégories du personnel.

Un autre enjeu majeur est celui des nouvelles technologies : l'intelligence artificielle et les algorithmes sont également sources d'inégalités qui peuvent passer inaperçues, ce qui a été déjà mis en avant par des rapports de la CNIL et du Défenseur des droits⁸⁵⁰. La négociation portant sur la diversité ne peut pas être dissociée des applications de l'intelligence artificielle (A). Celles-ci concernent de plus en plus de domaines juridiques et sont utilisées par la gestion des ressources humaines pour le recrutement ou encore la gestion des carrières, c'est-à-dire pour les démarches d'intérêt cardinal en matière de diversité, d'égalité de traitement et de lutte contre les discriminations⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, en partenariat avec la CNIL, mai 2020.

⁸⁵¹ Pour certains, l'IA devient l'assistant incontournable du manager, lui permettant d'automatiser certaines tâches administratives et réduire les coûts et le transformant en DRH « augmenté ». Il s'agit d'une véritable transformation du métier du manager. La question se pose davantage lorsque cette standardisation implique une automatisation d'une partie du travail de jugement des conseillers RH.

Cécile Dejoux, Emmanuelle Léon, *Métamorphoses des managers à l'ère du numérique et de l'intelligence artificielle*, Montreuil, Pearson, 2018, p. 199, Camille Lévy, « L'IA dans les RH : une standardisation qui pose problème » In *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Patrice Adam, Martine Le Friant, Yasmine Tarasewicz (dirs.), Paris, Dalloz, 2020, p. 17-18, Laila Benraiss-Noailles, Olivier Herrbach, « Enjeux organisationnels et managériaux de l'IA pour la gestion du personnel. Vers un DRH « augmenté » ?, *Dr. soc.*, 2021, p. 110.

L'avantage de la négociation sur une thématique large et non-cadrée, telle que la diversité, est effectivement la possibilité d'élargir son champ matériel et apporter de changements plus rapidement que le législateur : « la négociation des partenaires sociaux a de plus grandes chances que le règlement public de cerner le nécessaire et de dégager le possible en matière d'amélioration sociale »⁸⁵². Des éléments chiffrés figurent déjà au sein des accords collectifs en matière de diversité, éléments destinés à accomplir un diagnostic ou assurer le suivi des engagements entrepris. Toutefois, la question de la nature des indicateurs et la problématique de l'automatisation des discriminations n'a pas encore été saisie par les partenaires sociaux.

Les partenaires sociaux peuvent inclure ces problématiques actuelles dans leurs négociations et leurs accords et ne pas se limiter à la structure classique des accords diversité que nous avons décrite dans la section précédente, afin de construire une vision dynamique de la négociation en matière de diversité.

A) L'intelligence artificielle dans les démarches de lutte contre les discriminations

169. Une définition est nécessaire afin de comprendre l'enjeu de la question. Par l'expression « intelligence artificielle (IA) », on se réfère aux « machines qui imitent, représentent ou simulent les facultés cognitives de l'humain »⁸⁵³ et il convient d'opérer une distinction avec l'IA dotée d'une intelligence propre⁸⁵⁴. La CNIL a défini l'algorithme comme « une suite finie et non ambiguë d'instructions permettant d'aboutir à un résultat à partir de données fournies en entrée. »⁸⁵⁵ La problématique juridique autour de l'intelligence artificielle, et plus précisément l'emploi des algorithmes, a été, depuis un certain temps, tournée autour de la notion médiatisée de « justice prédictive ». Ce terme désigne « la création d'un marché qui s'appuie sur la prolifération des données numériques et la progression des méthodes d'extraction de connaissance liées à l'intelligence artificielle, pour anticiper un certain nombre d'évènements intéressant le milieu judiciaire »⁸⁵⁶. Il s'agit dans un premier temps d'anticiper l'issue d'une décision de justice grâce à l'analyse d'un corpus de décisions similaires, réalisée au moyen de techniques informatiques⁸⁵⁷. Parmi les enjeux d'une telle démarche, distinguons la question de

⁸⁵² Alexia Gardin, Yann Leroy, Catherine Marraud, *op.cit.*

⁸⁵³ Dominique Lalbert, *La robotique et l'intelligence artificielle*, Paris, Éditions jésuites, 2019, p. 19.

⁸⁵⁴ Marie-Pierre Blin-Flanchomme, Gérard Jazottes, « Le défi d'une IA inclusive et responsable », *Dr. soc.*, 2021, p. 100.

⁸⁵⁵ CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ?*, *op.cit.*, p. 5.

⁸⁵⁶ Théo Sentis, « Algorithmes et préjugés quels enjeux éthiques pour la justice prédictive ? », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 83.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 84.

la conception des outils prédictifs et notamment la construction des bases de données. Comme nous allons l'examiner en détail au cours du chapitre 5, les éléments chiffrés jouent un rôle important tant dans le diagnostic que dans le suivi des démarches en matière de diversité, et ils peuvent être révélateurs de discriminations. Des outils tels que la BDES et l'Index Égalité nécessitent un traitement informatique mais également éthique des données personnelles de salariés.

Les algorithmes, en tant que dispositif technique, laissent présumer une neutralité et une objectivité. Il semble par conséquent possible d'échapper à la subjectivité de la décision d'un recruteur et aux aléas de l'arbitraire en automatisant certaines décisions sur la base des critères objectifs de recrutement⁸⁵⁸. Cependant, l'objectivité des algorithmes peut n'être qu'illusoire. L'algorithme est effectivement aussi neutre que les personnes ayant contribué à sa conception et traduit les préférences discriminantes du concepteur⁸⁵⁹ ou encore le manque de diversité au sein de l'équipe de conception⁸⁶⁰. L'emploi des algorithmes peut prendre différentes formes, certaines créant un risque important de traitement discriminatoire⁸⁶¹ : par exemple, la formulation de l'algorithme sera différente si l'objectif est d'écarter un nombre de candidats sur une base de critères préétablis ou à l'inverse, si l'algorithme sert à identifier et construire le profil du candidat idéal pour le poste ; les critères introduits au sein de l'algorithme peuvent être intentionnellement ou inconsciemment discriminants ; le fait que l'algorithme reflète les préjugés et le biais de son concepteur constitue encore un risque de discrimination ; enfin, un autre risque émane non pas de l'algorithme en lui-même, mais de l'interprétation de ses résultats, lorsqu'on ne dispose pas de tous les éléments, l'algorithme établira des corrélations qui semblent réalistes mais ne sont pas nécessairement exactes.

V. aussi Bruno Dondero, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », In *Intelligence artificielle*, Stéphane Prévost, Erwan Royer (Éd.), Paris, Dalloz, 2019, p. 127 et s.

⁸⁵⁸ Jérôme Porta, « Algorithme et risques discriminatoires », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 66.

⁸⁵⁹ Sophie Sereno, « Focus sur les discriminations par algorithme », *RDT*, 2020, p. 680, Jérôme Porta, *op.cit.*, p. 67.

⁸⁶⁰ Résolution de la CES sur les stratégies européennes en matière d'intelligence artificielle et de données du 2 juillet 2020, <https://www.etuc.org/fr/document/resolution-de-la-ces-sur-les-strategies-europeennes-en-matiere-dintelligence-artificielle>.

⁸⁶¹ Sophie Sereno, *op.cit.*, Jérôme Porta, *op.cit.*, p. 65, 67, 69, 70, Marie Peyronnet, « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », In *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Patrice Adam, Martine Le Friant, Yasmine Tarasewicz (dirs.), Paris, Dalloz, 2020, p. 148 et s.

170. Enfin, la preuve d'une discrimination issue d'un algorithme est très complexe, en raison du caractère évolutif de l'IA et du manque de transparence de sa fonctionnalité ; dans l'exemple d'un algorithme de recrutement, les candidats rejetés par l'algorithme ignorent même avoir subi une discrimination⁸⁶². Comme le souligne le Défenseur des droits, « des biais peuvent être ainsi intégrés à toutes les étapes de l'élaboration et du déploiement des systèmes : dès l'intention qui préside à l'élaboration de l'algorithme en amont, pendant la réalisation du code informatique, celle du code exécutable, celle de l'exécution, celle du contexte d'exécution et celle de la maintenance »⁸⁶³. Par conséquent, les risques de discrimination peuvent varier selon les circonstances et l'objectif du traitement algorithmique. Le risque est d'autant plus important, puisque la discrimination causée par un algorithme est souvent invisible et difficilement repérable en raison de l'apparence d'objectivité accordée à l'IA⁸⁶⁴. Selon certains, le recours croissant aux algorithmes est source de nouveaux risques discriminatoires, à un tel niveau qu'un renouvellement du droit-anti-discriminatoire devient nécessaire⁸⁶⁵. D'autres prévoient quant à eux la construction d'un véritable « droit des décisions automatisées »⁸⁶⁶ ou analysent l'IA comme un nouveau champ de la responsabilité sociétale de l'entreprise et un vecteur d'amélioration de la performance extra-financière⁸⁶⁷.

Les incidents algorithmiques discriminants se multiplient et démontrent le besoin d'un encadrement légal et/ou conventionnel de l'utilisation des nouvelles technologies. Par exemple, l'entreprise américaine Amazon a été confrontée à deux incidents liés à l'utilisation des algorithmes : le premier incident date de 2018 et concerne un logiciel de recrutement qui écartait systématiquement les profils féminins⁸⁶⁸. L'algorithme était construit sur la base historique des profils détenant les différents postes mais, puisque ces profils étaient presque

⁸⁶² Delphine Gardes, « Le droit à l'emploi face à l'intelligence artificielle », *Dr.soc.*, p. 115.

⁸⁶³ Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, *op.cit.*, p. 4.

⁸⁶⁴ Dunja Mijatovic, Commissaire aux droits de l'Homme, « Protéger les droits de l'Homme à l'ère de l'intelligence artificielle », *Carnet des droits de l'Homme du Commissaire*, Strasbourg, 3 juillet 2018.

⁸⁶⁵ Jérôme Porta, *op.cit.*, p. 62.

⁸⁶⁶ Judith Rochfeld, « L'encadrement des décisions prises par algorithme », In *Intelligence artificielle*, Stéphane Prévost, Erwan Royer (Éd.), Paris, Dalloz, 2019, p. 15.

⁸⁶⁷ Marie-Pierre Blin-Flanchomme, Gérard Jazottes, *op.cit.*

⁸⁶⁸ Marie Peyronnet, « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », *op.cit.*, p. 145, Sophie Sereno, *op.cit.*, Les Échos, « Quand le logiciel de recrutement d'Amazon discrimine les femmes », 13 octobre 2018, <https://www.lesechos.fr/industrie-services/conso-distribution/quand-le-logiciel-de-recrutement-damazon-discrimine-les-femmes-141753>, Mathilde Golla, AFP agence, « Le logiciel de recrutement d'Amazon n'aime pas les femmes », Le Figaro, 11 octobre 2018, <https://www.lefigaro.fr/social/2018/10/11/20011-20181011ARTFIG00096-le-logiciel-de-recrutement-d-amazon-n-aimait-pas-les-femmes.php>, David Bernard, « RH : quelle leçon tirer de « l'algorithme sexiste » d'Amazon ? », HR Voice, 26 octobre 2018, <https://www.hr-voice.com/recrutement/rh-quelle-lecon-tirer-de-lalgorithme-sexiste-damazon/2018/10/26/>.

exclusivement masculins, l'algorithme en déduisait que les candidatures masculines devaient être privilégiées. En 2021, la multinationale a à nouveau été confrontée à un scandale d'algorithme discriminatoire, cette fois en raison d'un algorithme de licenciement⁸⁶⁹ : Amazon a développé un algorithme permettant de licencier automatiquement, par l'envoi d'un simple courriel, les livreurs en sous-performance. Outre le fait que l'algorithme ne prenne pas en considération les conditions réelles pouvant affecter une livraison, telles que les destinataires non-joignables, la condition des routes ou encore la file d'attente pour récupérer les colis, il est susceptible de stigmatiser certaines populations en raison de l'âge, du sexe ou de l'ethnicité.

171. **La réaction européenne.** Ces enjeux n'ont pas laissé indifférents les partenaires sociaux européens. Citons notamment la résolution du syndicat CES, adoptée en juillet 2020, sur les stratégies européennes en matière d'intelligence artificielle et de données⁸⁷⁰ : la CES vise à « maintenir et renforcer la protection des travailleurs, empêcher une surveillance disproportionnée et injustifiée au travail, interdire les traitements discriminatoires sur la base d'algorithmes biaisés et prévenir les abus en matière de protection des données et de la vie privée, en assurant le respect et en allant au-delà du RGPD, et en préservant leur vie privée lorsqu'ils ne sont pas au travail ».

Le Conseil de l'Europe⁸⁷¹ a également opéré un lien entre l'IA et les discriminations, notamment dans le contexte de la crise sanitaire due au COVID-19 et les pays ayant mis en place un système de traçage qui pourrait être source de discrimination et de stigmatisation, via la recherche des contacts ou le traçage de proximité. Pour la CES, la question se pose notamment concernant la généralisation d'une telle pratique après la fin de la pandémie et dans

⁸⁶⁹ Aurélie Jean, « Quand Amazon utilise des algorithmes pour licencier », Le Point Tech & Net, 18 juillet 2021, https://www.lepoint.fr/high-tech-internet/aurelie-jean-quand-amazon-utilise-des-algorithmes-pour-licencier-18-07-2021-2435887_47.php, Edward Back, « Amazon utilise des algorithmes pour licencier ses livreurs », Futura Sciences, 29 juin 2021, <https://www.futura-sciences.com/tech/actualites/technologie-amazon-utilise-algorithmes-licencier-livreurs-85740/>, Mathieu Chartier, « Chez Amazon, c'est l'intelligence artificielle qui décide de licencier ses livreurs », Les Numériques, 30 juin 2021, <https://www.lesnumeriques.com/vie-du-net/chez-amazon-c-est-l-intelligence-artificielle-qui-decide-de-licencier-les-livreurs-n165795.html>.

⁸⁷⁰ Résolution de la CES sur les stratégies européennes en matière d'intelligence artificielle et de données du 2 juillet 2020, <https://www.etuc.org/fr/document/resolution-de-la-ces-sur-les-strategies-europeennes-en-matiere-dintelligence-artificielle>.

⁸⁷¹ Conseil de l'Europe, « IA et lutte contre le coronavirus Covid-19. Aperçu réalisé par le secrétariat du Comité ad hoc sur l'intelligence artificielle (CAHAI), », <https://www.coe.int/fr/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus>.

un milieu de travail, ce qui aura potentiellement un impact sur la liberté et les droits des travailleurs⁸⁷².

Quant à l'Union Européenne, la Commission européenne a publié des lignes directrices relatives à l'éthique de l'utilisation de l'IA⁸⁷³. Elle met en exergue sept exigences incontournables pour parvenir à une IA éthique et digne de confiance : « 1) action humaine et contrôle humain, 2) robustesse technique et sécurité, 3) respect de la vie privée et gouvernance des données, 4) transparence, 5) diversité, non-discrimination et équité, 6) bien-être sociétal et environnemental, et 7) responsabilité ». L'exigence de « diversité, non-discrimination et équité » comprend, conformément à ces lignes directrices, « l'absence de biais injustes, l'accessibilité et la conception universelle, et la participation des parties prenantes ». En effet, l'objectif de diversité ne peut pas s'accomplir sans la participation des partenaires sociaux. Dans le cadre de l'IA, la Commission vise, en plus des partenaires sociaux, l'ensemble des parties prenantes en montrant que l'implication de la société civile est indispensable pour parvenir à l'objectif d'une IA respectant la diversité et la non-discrimination. De la part des partenaires sociaux, la Commission demande plus particulièrement qu'ils veillent à l'information, la consultation et la participation des travailleurs à travers tout le processus de mise en œuvre de systèmes d'IA au sein d'organisations. En outre, la diversité se présente comme un prérequis pour une utilisation éthique de l'IA puisque, selon la Commission européenne, « dans un contexte d'IA, l'égalité implique que le fonctionnement du système ne peut pas produire de résultats fondés sur des biais injustes (par exemple, les données utilisées pour entraîner les systèmes d'IA devraient être aussi inclusives que possible et représenter différents groupes de population), ce qui requiert également un respect approprié des personnes et des groupes potentiellement vulnérables, tels que les travailleurs, les femmes, les personnes handicapées, les minorités ethniques, les enfants, les consommateurs ou d'autres catégories de personnes exposées au risque d'exclusion ».

172. Pour la CNIL, la réponse éthique au développement des algorithmes passerait par l'application de deux principes : la loyauté envers les utilisateurs et la vigilance régulière et méthodique⁸⁷⁴. Le défenseur des droits invite également à des contrôles précis et réguliers de l'algorithme pour s'assurer que celui-ci ne devienne pas discriminatoire au fil des encodages

⁸⁷² Résolution de la CES sur les stratégies européennes en matière d'intelligence artificielle et de données du 2 juillet 2020, <https://www.etuc.org/fr/document/resolution-de-la-ces-sur-les-strategies-europeennes-en-matiere-dintelligence-artificielle>.

⁸⁷³ Commission européenne, *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, avril 2019.

⁸⁷⁴ CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? op.cit.*

successifs⁸⁷⁵. Il s'agit également d'adopter une dimension prospective et intervenir en amont pour s'assurer que les développements à venir serviront un idéal collectif de justice et non pas des logiques exclusivement commerciales⁸⁷⁶. En effet, malgré l'effort visant à minimiser la subjectivité des décisions, pour éviter les biais algorithmiques, il s'agit de conserver l'intervention humaine dans le traitement automatisé⁸⁷⁷. Une solution déjà proposée est la régulation conventionnelle de l'IA à travers le dialogue social, les partenaires sociaux étant les mieux placés pour identifier les évolutions et intégrer la thématique dans leurs obligations de négociation, telle que la GPEC⁸⁷⁸. La diversité étant une des conditions proposées au niveau de l'Union européenne pour aboutir à une IA éthique, le terrain de la négociation collective en matière de diversité nous semble davantage propice pour mener cette discussion.

B) Les effets de la crise sanitaire dans les relations de travail

173. La crise sanitaire due à la propagation du COVID 19 a bouleversé profondément notre vie quotidienne ainsi que le monde du travail. Les conséquences sanitaires mais également socio-économiques ont été dévastatrices, tandis que leur ampleur et leur durée demeurent toujours inconnues. Le droit du travail a également dû s'adapter à cette nouvelle réalité. L'entreprise s'est vu confier, outre une fonction économique, une mission sociale, ce qui a encore davantage été mis en lumière par le financement public des entreprises en difficulté, laissant parfois évoquer le retour de l'État Providence⁸⁷⁹. Quoique certains demeurent préoccupés de la préservation de la logique privée de marché des acteurs économiques et du maintien de la fonction économique de l'entreprise⁸⁸⁰, d'autres se préoccupent plutôt de l'important transfert des risques de la puissance publique vers l'entreprise pour la gestion de la pandémie⁸⁸¹. L'entreprise a en effet davantage de responsabilités, notamment en matière de mesures de prévention liés à la pandémie. Nous nous retrouvons ainsi face à un droit spécial de la pandémie, où la santé de travailleurs est liée à la préservation de la santé publique⁸⁸². Les droits du salarié ont également été impactés par cette nouvelle réalité et la question des

⁸⁷⁵ Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, *op.cit.*, p. 6.

⁸⁷⁶ Théo Sentis, *op.cit.*, p. 84.

⁸⁷⁷ Marie Peyronnet, « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », *op.cit.*, p. 157.

⁸⁷⁸ Marie-Cécile Amauger-Lattes, « Le dialogue social : outil de régulation de l'intelligence artificielle dans l'entreprise », *Dr. soc.*, p. 146.

⁸⁷⁹ Felix Torres, *Que peut l'entreprise ? Réaffirmer l'initiative privée dans le monde de l'après-Covid*, Paris, Humensis, 2021, p. 18 et 94.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 99.

⁸⁸¹ Morane Keim-Bagot, Nicolas Moizard, « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ? », *RDT*, 2021, p. 25.

⁸⁸² *Ibid.*

discriminations, bien que souvent mise de côté, se trouve à l'épicentre de ce bouleversement. Dans son dernier rapport, l'Observatoire des inégalités constate que, bien qu'il soit encore trop tôt pour mesurer les effets de la crise due à la pandémie sur le domaine de l'emploi, le virus a révélé et/ou aggravé les inégalités sociales, déjà massives avant cette période⁸⁸³. Enfin, le dialogue social et la négociation collective ont été profondément impactés, les partenaires sociaux étant également appelés à s'adapter à la nouvelle réalité. Dans l'urgence, certaines négociations prévues ont été reportées et certaines entreprises ont opté pour la prorogation des accords arrivant à leur terme pendant cette période. Citons l'exemple de l'Accord en faveur de la diversité de la Banque Populaire Val de France du 9 juin 2020 qui, compte tenu de la crise du COVID-19, a reconduit l'ensemble des dispositions de l'accord en faveur de la diversité signé en 2016, jusqu'au 31 décembre 2020.

174. Malheureusement, plusieurs phénomènes discriminatoires ont surgi ou se sont aggravés en raison de la pandémie. Le premier tient à la discrimination fondée sur l'état de santé du salarié et la potentielle stigmatisation des salariés diagnostiqués du virus. Est évocateur l'exemple d'un salarié licencié pour faute grave après être revenu au travail en attendant les résultats de son test PCR (ce test étant finalement positif, l'employeur l'accuse d'avoir mis volontairement en danger ses collègues)⁸⁸⁴. Certains chercheurs mettent également en lumière le caractère potentiellement problématique de la mesure de prise de température, mesure optionnelle proposée par le Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs⁸⁸⁵ : cette mesure est une donnée de santé potentiellement stigmatisante, par exemple pour le salarié qui est renvoyé chez lui, lorsque la fièvre est détectée, une fièvre pouvant aussi ne pas être due au coronavirus⁸⁸⁶. Cette stigmatisation est souvent comparée avec la stigmatisation subie par les personnes atteintes par le VIH et peut compromettre les efforts de combattre la pandémie. Comme le signalent les Nations Unies⁸⁸⁷, une personne qui a intériorisé la stigmatisation des personnes testées positives est moins susceptible de recourir aux services de soins de santé, pourrait éviter de se faire dépister ou encore d'admettre avoir des symptômes.

⁸⁸³ Observatoire des inégalités, *Rapport sur les inégalités en France, Édition 2021*, Paris, Observatoire des inégalités, 2021, p. 12 et s.

⁸⁸⁴ FranceInfo, « Coronavirus : un salarié licencié après un test PCR positif », 17 novembre 2020, https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/carriere/vie-professionnelle/sante-au-travail/coronavirus-un-salarie-licencie-apres-un-test-pcr-positif_4184817.html.

⁸⁸⁵ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs en entreprise face à l'épidémie, (version applicable à compter du 30 juin 2020).

⁸⁸⁶ Morane Keim-Bagot, Nicolas Moizard, *op.cit.*

⁸⁸⁷ Nations Unies, « Réduire la stigmatisation et la discrimination liées à la Covid-19 (ONUSIDA) », 8 octobre 2020, <https://news.un.org/fr/story/2020/10/1079402>.

Enfin, la question se posera prochainement pour le pass sanitaire et la sanction réservée aux salariés qui n'en disposeront pas, la suspension du contrat de travail étant déjà prévue pour les professionnels de santé ainsi que pour les salariés intervenant dans les établissements où le pass est demandé aux usagers, conformément à la loi relative à la gestion de la crise sanitaire⁸⁸⁸.

L'épidémie a également renforcé la discrimination de certaines minorités ethniques : en raison de la médiatisation de la provenance chinoise du virus, les personnes d'origine asiatique étaient particulièrement ciblées, notamment pendant la première vague de la pandémie. L'Unesco énumère des épisodes discriminatoires qui ont eu lieu dans plusieurs pays et qui ont pu se matérialiser par des agressions verbales, le boycott de commerces ou encore la difficulté d'accès aux établissements d'enseignement⁸⁸⁹. En ce qui concerne la France, une étude de marché réalisée par Ipsos révèle qu'un Français sur deux estime que les discriminations ethniques ont augmenté avec la pandémie, tandis qu'un quart des Français déclarent avoir vécu une expérience personnelle de situation où ils considèrent que leur origine a été un obstacle⁸⁹⁰. Le rapport annuel d'Amnesty International ajoute que les inégalités existantes ont été amplifiées par la pandémie et que les populations déjà marginalisées, minorités ethniques, personnes réfugiées et migrantes, ont été les plus touchées⁸⁹¹.

Enfin, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a été particulièrement affectée par la crise sanitaire. Le Comité économique social et environnemental (CESE) remarque dans son avis du 23 mars 2021⁸⁹² que la pandémie a généré un véritable recul des droits des femmes à différents niveaux, avec notamment l'exacerbation des inégalités dans les couples, marquées par un déséquilibre persistant et amplifié des tâches domestiques et parentales, qui reposent sur les femmes, constat partagé également par l'Observatoire des inégalités et l'INSEE⁸⁹³. En outre, elles ont vécu le télétravail moins positivement que leurs collègues masculins. Les rapports de

⁸⁸⁸ Loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, art. 1^{er}.

⁸⁸⁹ Unesco, « La discrimination et la stigmatisation liées au Covid-19 : un phénomène mondial ? », 25 mai 2020, <https://fr.unesco.org/news/discrimination-stigmatisation-liees-au-covid-19-phenomene-mondial>.

⁸⁹⁰ FranceInfo, « Covid-19 : un Français sur deux estime que les discriminations ethniques ont augmenté avec la pandémie », 20 mars 2021, https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/covid-19-pour-un-francais-sur-deux-les-discriminations-ethniques-ont-augmente-avec-la-pandemie_4340665.html.

⁸⁹¹ Amnesty International, *Rapport 2020-2021 : La situations des droits humains dans le monde*, 2021, https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr/efeb0538-48b5-4c4c-8b81-a7545228c805_POL_10_3202_2021_AIR_ext_FR_FINAL_01_avril.pdf.

⁸⁹² CESE, Dominique Joseph, Olga Trostiansky, « Crise sanitaire et inégalités de genre », *Les avis du CESE*, 23 mars 2021.

⁸⁹³ Observatoire des inégalités, *Rapport sur les inégalités en France, Édition 2021*, Paris, Observatoire des inégalités, 2021, p. 20. INSEE, *Les inégalités sociales à l'épreuve de la crise sanitaire : un bilan du premier confinement*, INSEE références, Édition 2020, Vue d'ensemble, 2020, p. 11.

l'OIT et des Nations Unies laissent apparaître les mêmes constats : pendant la pandémie, le télétravail a entraîné une porosité importante entre la vie familiale et la vie professionnelle, avec une plus grande exposition aux troubles de la santé mentale pour les femmes, ainsi qu'une augmentation des violences faites aux femmes⁸⁹⁴. Concernant plus spécifiquement la réorganisation du travail, les mesures adoptées pour affronter la crise sanitaire n'ont pas pu échapper à la discrimination systémique : « les mesures de télétravail, de protection de santé au travail, de chômage partiel ou celles relatives à la garde des enfants uniformes et neutres ne tiennent pas toujours compte des risques associés à certains métiers dans lesquels les femmes sont surreprésentées (notamment dans des postes surexposés comme caissières ou agents de nettoyage, travailleuses domestiques migrantes en situation irrégulière sans droit à prestation, aides-soignantes). De même, ces mesures ignorent l'état de la division sexuée des rôles qui implique que ce sont toujours les femmes qui aménagent leur carrière professionnelle pour assurer les tâches familiales »⁸⁹⁵. Certains ont également repéré le lien entre les inégalités genrées pendant la pandémie et le fait que les femmes ont été largement sous-représentées dans l'ensemble des lieux de décision et des *task forces* mis en place par les gouvernements européens⁸⁹⁶. D'un autre côté, il semble que le confinement ait également eu un impact positif, en rendant beaucoup plus « visible » le travail domestique (en particulier lorsque les deux conjoints se sont retrouvés au domicile pendant cette période)⁸⁹⁷, ainsi qu'en montrant le besoin de revaloriser les emplois et carrières à prédominance féminine, considérés comme essentiels et particulièrement impactés pendant la pandémie (aides-soignantes, infirmières, aide à domicile, agent d'entretien, caissière, etc.)⁸⁹⁸.

175. Crise sanitaire, télétravail et diversité. Les partenaires sociaux ont joué un rôle important dans l'introduction du télétravail dans le droit européen et national. En 2002, les partenaires sociaux européens signent un accord-cadre européen sur le télétravail, transposé en France par un ANI en 2005, étendu en 2006. Le législateur national a par la suite pris la loi du

⁸⁹⁴ OIT, *Working from home: From invisibility to decent work*, rapport, 13 janvier 2021, UN Women, *From Insights to action. Gender equality in the wake of Covid-19*, septembre 2020

⁸⁹⁵ Anne Boring, Réjane Sénac, Marta Dominguez et al., « La crise sanitaire et les inégalités entre les sexes en France », In *Le monde d'aujourd'hui. Les sciences sociales au temps de la Covid*. Marc Lazar (éd.), Paris, Presses de Sciences Po, « Hors collection », 2020, p. 117-131.

⁸⁹⁶ Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe (Régine), « Droit et genre », *D.*, p. 863.

⁸⁹⁷ Anne Boring, Réjane Sénac, Marta Dominguez et al., *op.cit.*

⁸⁹⁸ Le Monde, Tribune Collectif, « Coronavirus : il faut revaloriser les emplois et carrières à prédominances féminine », 18 avril 2020, https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/18/covid-19-il-faut-revaloriser-les-emplois-et-carrieres-a-predominance-feminine_6036994_3232.html.

22 mars 2012⁸⁹⁹, intégrant le concept dans le Code du travail. L'ordonnance du 22 septembre 2017⁹⁰⁰ et la loi du 29 mars 2018⁹⁰¹ ont simplifié et rendu plus flexible le régime du télétravail ; toutefois, ce type d'organisation du travail restait une pratique minoritaire et peu répandue avant la pandémie de COVID-19, durant laquelle la mise en place de dispositifs de télétravail a permis la continuité de l'activité pour un grand nombre d'entreprises⁹⁰². Les partenaires sociaux ont dû intervenir à nouveau, par un ANI du 26 novembre 2020⁹⁰³, pour préciser les modalités de mise en œuvre du télétravail dans le contexte de la pandémie et face à la généralisation de cette pratique, ainsi que la généralisation de l'activité partielle (arrêt de travail pour garde d'enfant, activité partielle des salariés identifiés comme vulnérables en raison de leur état de santé ou cohabitant avec ces personnes)⁹⁰⁴. Pendant les périodes de confinement, le télétravail exclusif était la règle et durant les périodes suivant les confinements, un télétravail hybride a été instauré, en mêlant télétravail et présence dans les locaux de l'entreprise : cette nouvelle réalité conduit les chercheurs à envisager une pérennisation du modèle de télétravail partiel même après la fin de la crise sanitaire⁹⁰⁵. D'où le fait qu'il faille réexaminer le régime juridique du dispositif, dont on a constaté le passage d'une démarche volontaire à une véritable obligation pour le salarié pendant la pandémie⁹⁰⁶. Un oxymore s'est vite présenté : parmi les avantages vantés du télétravail, on retrouve la facilitation de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle ; parmi ses inconvénients, l'on constate une grande porosité entre la vie privée et la vie professionnelle, ainsi qu'un renforcement des inégalités.

Pour assurer une mise en place du télétravail effective et égalitaire, l'intervention des partenaires sociaux nous semble indispensable puisque, conformément à l'art. L.1222-9 du Code du travail, l'accord collectif est la voie privilégiée pour la mise en place d'un dispositif

⁸⁹⁹ Loi n°2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administrative, art. 46.

⁹⁰⁰ Ord. n°2017-1387, 22 sept. 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail,

⁹⁰¹ Loi n°2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 11.

⁹⁰² La DARES a signalé une hausse considérable de salariés en télétravail dès fin mars. DARES, *Activités et conditions d'emploi de la main- d'œuvre pendant la crise sanitaire Covid-19*, synthèse des résultats de l'enquête flash, avril 2020.

⁹⁰³ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail.

⁹⁰⁴ Anne Boring, Réjane Sénac, Marta Dominguez et al., *op.cit.*

⁹⁰⁵ Gépy Koudadje, « Télétravail : enjeux économiques, environnementaux et juridiques », *Les cahiers Lamy du DRH*, février-mars 2021, n°283-284.

⁹⁰⁶ Benoît Géniaut, « Covid-19 et télétravail », *Dr. soc.*, 2020, p. 604.

de télétravail en entreprise⁹⁰⁷. Les dispositifs de télétravail sont également très présents dans les accords collectifs en matière de diversité, dans l'objectif de favoriser la conciliation entre vie professionnelle et vie privée⁹⁰⁸ ou encore d'accompagner les salariés dans le cadre du congé maternité, du congé paternité ou du congé d'adoption⁹⁰⁹. Ces différents dispositifs ne peuvent plus, désormais, ignorer l'impact de la crise sanitaire. Pour y parvenir, la voie conventionnelle demeure la plus adaptée pour repérer les inégalités au niveau de l'entreprise et les rectifier. Ce point a été également signalé par la Commission dans son plan d'action sur le socle européen des droits sociaux, qui met particulièrement en valeur l'importance de la diversité au travail et de l'intervention des partenaires sociaux pendant cette crise : la Commission invite les États membres et les partenaires sociaux à placer « les normes sociales élevées reflétées dans le socle au sein de leurs réformes favorisant la reprise après la pandémie de COVID-19 », dans l'objectif « de prospérer grâce à l'innovation sociale et à la diversité »⁹¹⁰.

Citons également l'exemple de l'accord collectif du groupe *La Française des jeux* relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la QVT et la diversité⁹¹¹ qui, à la suite de la pandémie, s'intéresse davantage au droit à la déconnexion ; met en place une cellule d'écoute externe pour permettre aux salariés de trouver une écoute ou des conseils auprès de professionnels de santé, à titre professionnel ou personnel, et en toute confidentialité ; et enfin, met à disposition des salariés du groupe une cellule d'écoute « interne » pour veiller et prévenir les situations de discrimination et de mal-être au travail. Il convient de préciser que la thématique de la QVT a considérablement évolué à la suite de la crise sanitaire, pour incorporer davantage les objectifs de prévention et de santé au travail. La loi du 2 août 2021⁹¹² (transposant l'ANI du 9 décembre 2020), a intégré dans le cadre des négociations en matière de qualité au

⁹⁰⁷ À défaut, il faudra une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique ou, en l'absence d'accord et de charte, une demande de recours au télétravail doit être formulée par le travailleur handicapé.

⁹⁰⁸ Par exemple Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité de chances de la Caisse d'Allocations Familiales des Alpes Maritimes du 1^{er} juillet 2020, Accord relatif à la QVT, à l'égalité professionnelle et à la Diversité au sein de l'UES Batigère (2019-2021), du 24 janvier 2019, accord d'entreprise relatif à l'égalité professionnelle, la diversité et la qualité de vie au travail de la société CREDIPAR du 27 juin 2018, accord d'entreprise relatif à la diversité et au bien-être au travail de la société SFIL du 6 mars 2018.

⁹⁰⁹ Accord d'entreprise sur la Diversité et l'Inclusion de BNP Paribas Cardif du 16 mars 2020, Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023 de la société Essilor du 23 octobre 2019, Accord relatif à la diversité et l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes 2018-2021 de la Banque Postale Financement du 26 octobre 2018.

⁹¹⁰ Commission européenne, *Plan d'action sur le socle européen des droits sociaux*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2021, p. 45.

⁹¹¹ Accord du groupe relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la QVT et la diversité de La Française des jeux, du 5 mars 2021.

⁹¹² Loi n°2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail.

travail la thématique des conditions de travail. Les conditions de travail portent notamment sur la santé et la sécurité au travail et la prévention des risques professionnels. Ainsi, à partir du 31 mars 2022, date d'entrée en vigueur de l'article L. 2242-19-1 du Code du travail⁹¹³, la QVT se transforme désormais en QVCT.

176. **Conclusion.** La négociation collective est un prérequis pour l'intégration du concept flou de diversité dans le langage juridique ainsi que pour son interprétation. Malgré l'incitation des partenaires sociaux au niveau national, l'ANI de 2006 n'a pas nécessairement produit les résultats attendus. Cette faiblesse n'est pas distincte du vide juridique existant autour de cette notion polyvalente. Pour obtenir davantage de résultats, il faudrait un certain encadrement juridique afin que les partenaires sociaux puissent véritablement négocier en matière de diversité, et non pas seulement en matière de lutte contre les discriminations. Nous rejoignons sur ce point l'analyse de Marie Peyronnet : « Pour que les partenaires sociaux puissent réellement négocier en faveur de la diversité, il faudrait dans un premier temps que la loi définisse ce qu'elle attend d'eux, mais aussi ce qu'elle doit attendre d'elle-même. Un grand nombre de lois rendent impossible la négociation en entreprise en faveur de la diversité du fait notamment de différences de traitement instituées sous un angle différentialiste et qui, parfois, confortent des stéréotypes et discriminations systémiques. Il est indispensable de désacraliser l'universalité du droit, d'étudier sa formulation et ses effets sous le prisme de la diversité – comme cela a pu être fait pour le genre, et de reformuler les textes dans une vision plus inclusive. »⁹¹⁴ Selon nous, le législateur doit intervenir pour encadrer cette notion, mais pas nécessairement pour empiéter sur le terrain de négociation déjà créé par les partenaires sociaux en la matière. Le principe de proximité mis en place, notamment à la suite des ordonnances de 2017, a presque transformé les accords d'entreprise en « auto-normes »⁹¹⁵, ce qui permet aux partenaires sociaux de progresser davantage en matière de diversité en prenant en compte les besoins de leur structure. La diversité peut également être perçue comme un objectif transversal qui peut être présent dans tout type de négociation.

⁹¹³ Art. L. 2242-19-1 C.tr. : « La négociation prévue à l'article L. 2242-17 peut également porter sur la qualité des conditions de travail, notamment sur la santé et la sécurité au travail et la prévention des risques professionnels. Elle peut s'appuyer sur les acteurs régionaux et locaux de la prévention des risques professionnels. »

⁹¹⁴ Marie Peyronnet, *La diversité : étude en droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 4 décembre 2018, p. 32.

⁹¹⁵ Jean-Emmanuel Ray, *op.cit.*, p. 729.

En conclusion, la négociation collective peut ne pas être suffisante en soi pour garantir la diversité mais, ayant comme objectifs inhérents l'égalité et le rééquilibrage des forces, elle constitue l'un des moyens les plus effectifs pour y parvenir. En outre, la diversité, en tant qu'objet de négociation, peut opérer une ouverture supplémentaire par rapport aux notions juridiques déjà existantes d'égalité et de non-discrimination et intégrer davantage les enjeux contemporains.

Chapitre 4. Le contenu de l'accord collectif en matière de diversité au travail

177. Afin de déterminer le contenu d'un accord collectif en matière de diversité, il faut nous référer à la typologie des accords. Les accords diversité sont structurés soit autour des populations cibles de diversité (en citant les différents aspects de la diversité pris en compte par les partenaires sociaux), soit autour des aspects d'emploi (en citant les mesures entreprises en faveur de la diversité pour le recrutement, la formation professionnelle, l'évolution professionnelle, la rémunération, etc.). Les partenaires sociaux disposent d'une large marge de manœuvre quant à la détermination du contenu et de la structure de leurs accords : la diversité n'a jamais figuré parmi les thématiques pour lesquelles une négociation est obligatoire et, par conséquent, le contenu des accords diversité n'a jamais été déterminé par la loi. Pour déterminer le contenu d'un accord ou encore d'une charte sur cette thématique, les partenaires sociaux ont recours aux lignes directrices de la Charte de la Diversité, de l'ANI diversité ou encore de la Commission européenne. Cependant, ces lignes directrices sont toujours interprétées en corrélation avec les obligations légales qui en découlent pour les matières liées à la diversité, telles que le droit antidiscriminatoire ou les dispositions concernant certains publics cibles de la diversité, telles que les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou le handicap. Cette approche conduit à la conclusion d'accords traitant en principe plusieurs aspects de la diversité (*section 1*) et à des mesures classiques ou controversées (*section 2*) pour réaliser les objectifs mis en avant par les accords diversité.

Section 1. Des accords concernant des aspects multiples de la diversité

178. Il n'existe aucun consensus au sujet de la typologie à suivre et aux aspects à prendre en compte en matière de diversité. En ce qui concerne les ressources humaines, les Professeurs Jacques Lebraty et Lyvie Gueret-Talon mettent en avant les catégories suivantes de la diversité : différences démographiques (âge, race, ethnie, genre, religion, orientation sexuelle et aptitudes physiques), différences de connaissances et de savoir-faire (formation, connaissances, expertise, expérience), différences dans les systèmes de valeurs et de croyances (croyances idéologiques, culture, personnalité), différences statutaires (statut hiérarchique, ancienneté) et différences relationnelles (relations de travail, appartenance à des groupes, réseaux sociaux)⁹¹⁶. Considérant la nature dynamique de la diversité, cette catégorisation n'est pas exclusive.

⁹¹⁶ Jacques Lebraty, Lyvie Gueret-Talon, *La différence est une Force : Essai sur le Management Stratégique de la Diversité*, Paris, Éditions ESKA, 2012, p. 59.

D'autres auteurs optent pour la distinction entre la diversité visible (couleur de peau, âge, genre) et invisible (personnalité, connaissances) ou encore pour la distinction entre les différences superficielles (différences démographiques) et profondes (valeurs, croyances)⁹¹⁷. Choisir et définir les aspects à traiter dans le cadre d'un accord diversité constitue une étape nécessaire pour les partenaires sociaux (*Paragraphe 1*). Toutefois, il nous semble que la contribution des partenaires sociaux peut être beaucoup plus conséquente en matière d'intersection des différents aspects de la diversité, en proposant une réponse alternative au débat sur les discriminations multiples et l'intersectionnalité (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Les aspects de la diversité traités dans les accords diversité

179. La diversité étant une notion dépourvue de définition juridique, son contenu demeure flou et il appartient aux partenaires sociaux de le déterminer. Par conséquent, bien que la diversité puisse s'étendre à une liste non exhaustive de critères, nous avons choisi de nous focaliser sur les aspects mis en exergue par les partenaires sociaux dans le cadre de la négociation et de la conclusion des accords collectifs en la matière. À défaut d'encadrement légal, les partenaires sociaux se réfèrent le plus souvent aux critères que l'on trouve dans les dispositions antidiscriminatoires. Par « les aspects de la diversité traités dans les accords diversité », nous nous référons aux critères les plus cités par les partenaires sociaux, lesquels sont, comme nous l'apprend l'étude de la DARES, le sexe, l'âge, le handicap et l'origine. Parmi les autres composants cités, les partenaires sociaux citent également le lieu de résidence, la situation familiale ou parentale, l'apparence physique, les convictions religieuses, la situation personnelle, les activités syndicales, le patronyme et l'orientation sexuelle⁹¹⁸. Dans le cadre de notre recherche, nous prenons en considération les aspects mis en avant par l'ANI sur la diversité, ainsi que les aspects les mieux et les plus développés dans le cadre des accords collectifs. Pour considérer qu'un critère est véritablement abordé par les partenaires sociaux, il faut plus qu'une référence à l'art. L1132-1 du Code du travail : il s'agit de prendre en considération les aspects que les partenaires sociaux développent et pour lesquels ils prévoient des mesures spécifiques de mise en œuvre et de suivi afin d'améliorer la diversité en ce domaine. L'étude de la DARES prend en compte un indice complémentaire : « s'il était fait

⁹¹⁷ Jacques Lebraty, Lyvie Gueret-Talon, *op.cit.*

⁹¹⁸ Hélène Garner, Magali Recoules, *Égalité, diversité, discrimination : Étude de 80 accords d'entreprise sur la Diversité*, DARES, n°182, juin 2014, p. 26.

mention d'un accord spécifique relatif à ce composant dans le préambule de l'accord et qu'il semblait englobé par l'entreprise dans sa conception de la diversité »⁹¹⁹.

Pour certains, la diversité doit se focaliser sur les aspects considérés les plus sensibles (B) et pour lesquels le cadre légal est moins important. Pour d'autres, la diversité ne doit pas se limiter à ses aspects sensibles mais englober tous les critères, dans une vision d'ensemble. Comme le montrent l'étude de la DARES et les accords que nous avons étudiés, tous les accords se réfèrent aux critères déjà prévus par la loi (A) et seul un petit nombre d'entre eux y ajoute les aspects plus sensibles.

A) Des aspects déjà prévus par la loi

180. Par l'expression « déjà prévus par la loi », nous nous référons aux aspects pour lesquels un cadre juridique normatif et conventionnel est déjà développé par le droit de l'UE et le droit français. Il s'agit par conséquent des aspects que l'on retrouve le plus souvent au sein des accords collectifs en matière de diversité : le genre (1), l'âge (2) et le handicap (3).

1) *Le genre*

181. Le terme « genre » peut avoir plusieurs significations. En matière grammaticale, il s'agit tout simplement de catégoriser un nom en tant que féminin, masculin ou neutre. Le genre a acquis une signification bien plus complexe dans le sillage du mouvement des *Women studies* dans les années 1970 et 1980, lequel mouvement est apparu aux États-Unis avant de se répandre au Royaume Uni et en Europe⁹²⁰. La représentation très modeste des femmes dans l'environnement académique se trouve à l'origine de ce mouvement visant à accroître leur présence au sein du monde de la recherche. Pour y parvenir, de nouveaux concepts théoriques ont été créés, à l'image de la « patriarchie » et du « genre ». Par conséquent, le « genre » a soudain acquis une signification bien différente, liée aux questions d'inégalité : « *Gender refers to the varied and complex arrangements between men and women, encompassing the organization of reproduction, the sexual divisions of labour and cultural definitions of femininity and masculinity.* »⁹²¹ Le terme « genre » est souvent confondu dans le langage courant avec le terme « sexe », mais une distinction est ici nécessaire. Le sexe se réfère aux différences biologiques entre les femmes et les hommes, tandis que le genre se réfère lui aux

⁹¹⁹ Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 26.

⁹²⁰ Harriet Bradley, *Gender*, Cambridge, Polity Press, 2012, p. 16.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 16 et p. 223 : « Le genre fait référence aux arrangements divers et complexes entre hommes et femmes, comprenant l'organisation de la reproduction, les divisions sexuelles du travail et les définitions culturelles de la féminité et de la masculinité. »

constructions sociales qui accordent telle ou telle caractéristique donnée aux femmes et aux hommes. Considérer les notions de genre et de sexe comme synonymes reviendrait à accepter que les inégalités subies aient une source purement biologique et que toute action visant à lutter contre les inégalités serait inutile⁹²². Bien que le terme « sexe » soit beaucoup plus courant dans le débat antidiscriminatoire et dans le langage employé par les partenaires sociaux, dans une optique de diversité, nous optons pour le terme « genre », qui est plus inclusif : la sous-représentation de l'un ou de l'autre sexe dans un emploi est souvent liée aux perceptions genrées qui caractérisent certains emplois (traditionnellement considérés féminins ou masculins) et n'a pas de véritable lien avec la différence biologique entre les deux sexes.

182. Le genre fait partie des démarches diversité bien qu'il soit plutôt lié aux démarches relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. En effet, d'aucuns considèrent que l'égalité professionnelle est un sujet bien distinct de la diversité et que cette dernière doit se limiter aux aspects plus sensibles (race, ethnie, religion), ce qui, de plus, explique le besoin de disposer d'une Charte et d'un Label bien distincts pour traiter les deux thématiques⁹²³. D'autres s'interrogent sur la relation entre les deux concepts : sont-ils plutôt concurrents ou plutôt complémentaires⁹²⁴ ? Bien que notre thèse ne porte pas sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, il nous semble difficile de ne pas inclure les questions de genre et par conséquent d'égalité professionnelle dans notre discours, puisque les partenaires sociaux leur accordent une place primordiale, comme nous pouvons le constater par la Charte de la diversité, l'ANI et les accords collectifs de branche et d'entreprise étudiés. L'égalité professionnelle figure toujours parmi les objectifs des accords diversité et constitue souvent l'aspect le plus développé de ces accords. Comme le confirme également l'analyse de la DARES, l'égalité professionnelle constitue une « cible privilégiée » pour les accords diversité et constitue fréquemment leur composante principale⁹²⁵. La volonté de se conformer aux prescriptions légales françaises et européennes en la matière explique en partie cette situation. Il convient néanmoins d'y ajouter les objectifs de performance et d'image commerciale de l'entreprise : le public devient par exemple de plus en plus soucieux de la représentation équilibrée des femmes et des hommes aux postes de responsabilité. Enfin, à

⁹²² Harriet Bradley, *op.cit.*, p. 18.

⁹²³ Annie Junter, Réjane Sénac, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, Presses de Sciences Po, 2010, p. 176.

⁹²⁴ Jacqueline Laufer, « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1 (N° 21), p. 30.

⁹²⁵ Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 47.

l'opposé de critères plus sensibles de la diversité comme la race ou la religion, il est aisé d'opérer un diagnostic et évaluer l'effectivité de mesures proposées par l'accord puisque les statistiques en la matière ne sont pas seulement permises mais imposées par la loi (tel est le cas avec le nouvel Index sur l'égalité professionnelle)⁹²⁶.

Outre ces explications, un objectif renforce l'importance de la présence de la thématique du genre et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein des accords diversité : il s'agit du caractère universel de ce critère, qui permet une analyse intersectionnelle des différentes dimensions de la diversité. D'où le fait que nous considérons qu'il ne faut pas exclure cette thématique des démarches en matière de diversité. En effet, comme le signale la Professeure Jacqueline Laufer, « au-delà du rappel constant de la nécessité de prendre en compte et de respecter la diversité des personnes, des identités et des « choix », des cultures, des religions, il apparaît essentiel que ce soit bien dans une perspective d'égalité des droits, d'égalité de traitement et d'égalité des chances, en particulier en ce qui concerne le statut des femmes, qu'il faille situer les politiques de diversité »⁹²⁷.

2) L'âge

183. En matière de diversité, l'on peut distinguer deux catégories mises en avant par les partenaires sociaux lorsqu'ils incluent le critère de l'âge : l'emploi des jeunes et l'emploi des seniors. La distinction de ces groupes d'âge particuliers est également mise en exergue au niveau de l'UE : comme le montre le rapport de l'Eurobaromètre spécial n°393 sur la discrimination au sein de l'UE, la présentation du critère de l'âge est le seul critère présenté en deux sections distinctes, l'une pour la discrimination envers les personnes âgées et l'autre envers les jeunes⁹²⁸. En outre, la jurisprudence de la CJUE est abondante quant à ce critère, elle établit un principe général de non-discrimination du fait de l'âge et précise les critères objectifs selon lesquels une différenciation de traitement peut être admise⁹²⁹.

⁹²⁶ Nous analysons davantage cet Index dans le chapitre relatif aux données chiffrées et aux statistiques en matière de diversité.

⁹²⁷ Jacqueline Laufer, *op.cit.*, p. 49.

⁹²⁸ Selon l'Eurobaromètre, la discrimination sur l'âge semble affecter davantage les personnes âgées de plus de 55 ans par rapport à celles âgées de moins de 30 ans.

European Commission, Special Eurobarometer 393, « Discrimination in the EU in 2012-Report », p. 7.

⁹²⁹ CJUE, gr. ch., 19 janv. 2010, *Seda Küçükdeveci v Swedex*, aff. C-555/07, CJUE gr. ch., 12 janv. 2010, *Wolf v Stadt Frankfurt am Main*, aff. C-229/08, CJUE, gr. ch., 12 janv. 2010, *Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, aff. C-341/08, CJUE, 2^{ème} ch., 6 déc. 2012, *Johann Odar v Baxter*, aff. C-152/11.

Sylvaine Laulom, « L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge », *SSL*, n°1489, 26 avril 2011.

184. Dans une optique de diversité, l'objectif est d'affronter l'âgisme, terme créé par le médecin américain Robert Butler en 1969 et qui se réfère à l'adoption de stéréotypes négatifs concernant les personnes âgées et le vieillissement⁹³⁰, phénomène qui semble affecter l'employabilité des personnes âgées. En ce qui concerne les jeunes salariés, l'accès au marché du travail semble également compliqué, notamment lorsque le critère de l'âge n'est pas perçu isolément mais de manière intersectionnelle. Les accords diversité contiennent par exemple des actions qui visent à favoriser le recrutement des « jeunes issus des quartiers défavorisés »⁹³¹. En effet, le critère de l'âge peut se combiner de façon intersectionnelle (voir paragraphe 2) avec d'autres critères discriminatoires, comme le handicap, le genre, la race et l'ethnie ou encore l'orientation sexuelle⁹³². Dans le cadre légal français, il existe un intérêt pour l'emploi des jeunes depuis la loi du 21 avril 2006 sur l'accès de cette catégorie de la population à la vie active en entreprise⁹³³, mais c'est la loi de 2013⁹³⁴ qui a véritablement intégré la thématique des jeunes dans les accords diversité. Comme l'observe la DARES, l'intérêt des partenaires sociaux pour les jeunes s'est accru depuis 2013. En effet, cette loi a contraint les entreprises de 300 salariés

⁹³⁰ Malcolm Sargeant, « Ageism and age discrimination », In *Age discrimination and diversity : Multiple discrimination from an age perspective*, Malcolm Sargeant (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 1

⁹³¹ Par exemple, l'accord Carrefour relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise de 2008 s'intéresse aux « jeunes sans qualification ou issus de milieux défavorisés » et « aux jeunes diplômés issus des zones sensibles », et l'accord relatif à la diversité et l'égalité des chances de Voies Navigables de France du 2 avril 2007 vise à l'intégration de diplômés issus de ZUS.

Dans le même esprit, l'accord du groupe Casino sur la RSE du 18 avr. 2014 consacre son art. 9.4 à « la poursuite des engagements en faveur des jeunes des quartiers » et fait référence à l'accord du groupe sur le Contrat de génération conclu le 24 juill. 2013. L'accord énumère les actions déjà prises et à prendre « en faveur de l'insertion durable des jeunes », notamment le recrutement et les interventions dans les lycées, les écoles et les centres de formation des apprentis, les visites des jeunes des collèges situés dans les quartiers prioritaires ou en zone rurale afin qu'ils découvrent les métiers du Groupe et l'accueil des stagiaires.

L'accord d'entreprise de Peugeot-Citroën de 2015 intègre dans son premier chapitre l'objectif des recrutements diversifiés en âge en mettant l'accent sur l'insertion professionnelle des jeunes et plus particulièrement « les jeunes issus des quartiers prioritaires, en particulier par la formation en alternance », « les jeunes de moins de 26 ans en grande difficulté » et les jeunes de moins de 30 ans en formation professionnelle (contrats d'apprentissage, de professionnalisation ou d'alternance ».

Il existe également des accords dédiés exclusivement au critère de l'âge et à l'insertion professionnelle des jeunes comme l'accord cadre européen du groupe SAFRAN en faveur de l'insertion professionnelle des jeunes du 28 mars 2013, (renouvelé le 19 sept. 2017), l'accord du 7 novembre 2013 relatif au contrat de génération dans l'UES Eurodisney ou encore l'accord intergénérationnel 2019-2021 du groupe Orange du 12 déc. 2018.

L'accord national des organismes de sécurité sociale relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances du 28 juin 2016 se réfère à la diversification des profils des salariés en portant une attention particulière à l'intégration « de jeunes issus des quartiers prioritaires identifiés dans les politiques de la ville ».

Selon l'étude de la DARES, l'on trouve également dans les accords diversité les dénominations suivantes : « jeunes/populations issus de milieux défavorisés », « jeunes issus de minorités visibles », « jeunes issus de la diversité », « jeunes résidents de ZUS ». Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 31-32.

⁹³² Malcolm Sargeant (ed.), *Age discrimination and diversity : Multiple discrimination from an age perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

⁹³³ Loi n°2006-457 du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise, JORF n°95 du 22 avril 2006 p. 5993.

⁹³⁴ Loi n°2013-185 du 1er mars 2013 portant création du contrat de génération, JORF n°0053 du 3 mars 2013, p. 3943.

de conclure un accord collectif ou, à défaut, d'élaborer un plan d'action en faveur de l'emploi des jeunes et des seniors sous peine de se voir infliger une pénalité financière de 1% de la masse salariale. Le dispositif a été supprimé par la suite⁹³⁵, mais ceci confirme à nouveau que les publics cibles sont mis en avant par les partenaires sociaux en raison des obligations légales qui les accompagnent, en laissant de côté les publics sur lesquels ne pèse aucune obligation de ce type⁹³⁶. Certains auteurs soulignent l'importance de la négociation et de l'adoption des accords collectifs pour « étendre » la vie professionnelle des salariés seniors : la négociation collective permet aux partenaires sociaux d'orienter les mesures vers des domaines qui les concernent et d'adopter des solutions sur mesure, une capacité qui échappe au législateur⁹³⁷.

3) *Le handicap*

185. Le critère du handicap se différencie des autres critères, les droits des personnes handicapées faisant partie des droits sociaux fondamentaux reconnus au niveau international, européen et national⁹³⁸. La définition de la notion est toutefois délicate et l'on peut observer une évolution : la prise en compte du handicap limitée à l'aspect médical a évolué vers une prise en considération du droit des personnes handicapées à « la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales »⁹³⁹ dans un objectif de développement humain, économique et social⁹⁴⁰. La difficulté de définir ce critère au sein de l'UE provient du fait que chaque pays a une définition juridique différente de ce que constitue un handicap ; une définition demeure toutefois nécessaire pour déterminer qui pourra bénéficier des prestations sociales prévues. Cependant, même si une définition commune est envisageable, il convient sans doute d'admettre que les handicaps diffèrent et que les salariés handicapés n'affrontent pas tous les mêmes obstacles pour accéder au marché du travail : une différenciation doit être faite en prenant en considération plusieurs facteurs, tels que la gravité du handicap, l'âge, le début du handicap, l'environnement socio-économique ainsi que

⁹³⁵ L'art. 9 de l'ord. n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a toutefois supprimé le dispositif du contrat de génération et les art. L.5121-11 et s.

⁹³⁶ Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 42.

⁹³⁷ Julén Votinius, « Older employees, extended working lives, and collective bargaining », In *Collective bargaining developments in times of crisis*, Sylvaine Laulom (dir.), Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer, 2018, p. 246.

⁹³⁸ Myriam Benlolo-Carabot, « La protection des personnes handicapées aspects européens et internationaux », In *Les droits des personnes handicapées, Bilan et perspectives*, Anne-Sophie Mugnier-Renard (dir.), Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 60 et s.

⁹³⁹ Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, adoptée en 2006, entrée en vigueur en 2008, art. 1^{er}.

⁹⁴⁰ Myriam Benlolo-Carabot, *op.cit.*, pp. 62-63.

l'éducation⁹⁴¹. Il convient également de distinguer la notion de handicap dans le cadre du droit antidiscriminatoire des autres notions similaires mais dont le concept juridique et la fonction sont bien différents, telles que l'incapacité⁹⁴², l'invalidité⁹⁴³ et l'inaptitude⁹⁴⁴.

186. La Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies⁹⁴⁵, ratifiée par l'Union européenne, définit dans son art. 1^{er} la notion de handicap : « par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ». Elle précise dans son préambule que « la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

Au niveau européen, il existe différentes définitions du terme selon les pays. Compte tenu de l'absence de définition dans la directive 2000/78, le juge européen a dû intervenir à plusieurs reprises. Dans l'affaire *Sonia Chacon Navas*⁹⁴⁶ de 2006, le handicap doit être entendu comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques entravant pendant une longue période la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ».

⁹⁴¹ Gill Kirton, Anne-Marie Greene, *The dynamics of managing diversity : a critical approach*, Croydon, Routledge, 4th éd., 2016, p. 41.

⁹⁴² L'incapacité peut prendre plusieurs formes : l'incapacité civile peut se référer aux mineurs (art. 388 C. Civ.) ou aux majeurs protégés (art. 415 et s. C. Civ.) et l'incapacité professionnelle ou commerciale peut se référer à l'interdiction pénale d'exercer une activité pour une certaine durée, comme prévu par l'art. 131-6 C. pén.

⁹⁴³ Notion employée par le droit du travail et le droit de la sécurité sociale.

Art. L. 341-1 du Code de la sec. soc. :

« L'assuré a droit à une pension d'invalidité lorsqu'il présente une invalidité réduisant dans des proportions déterminées, sa capacité de travail ou de gain, c'est-à-dire le mettant hors d'état de se procurer, dans une profession quelconque, un salaire supérieur à une fraction de la rémunération normale perçue dans la même région par des travailleurs de la même catégorie, dans la profession qu'il exerçait avant la date de l'interruption de travail suivie d'invalidité ou la date de la constatation médicale de l'invalidité si celle-ci résulte de l'usure prématurée de l'organisme. »

Art. R. 341-2 du Code de la sec. soc. « Pour l'application des dispositions de l'article L. 341-1 :

1^o L'invalidité que présente l'assuré doit réduire au moins des deux tiers sa capacité de travail ou de gain;

2^o Le salaire de référence ne doit pas être supérieur au tiers de la rémunération normale mentionnée audit article. »

⁹⁴⁴ Notion utilisée au droit du travail et au droit de la sécurité sociale. Art. L.351-7 Code de la sec. soc. : « Peut être reconnu inapte au travail, l'assuré qui n'est pas en mesure de poursuivre l'exercice de son emploi sans nuire gravement à sa santé et qui se trouve définitivement atteint d'une incapacité de travail médicalement constatée, compte tenu de ses aptitudes physiques et mentales à l'exercice d'une activité professionnelle, et dont le taux est fixé par décret en Conseil d'État. »

⁹⁴⁵ Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, adoptée en 2006, entrée en vigueur en 2008.

⁹⁴⁶ CJCE, 11 juill. 2006, *Sonia Chacon Navas c/Eurest Colectividades SA*, aff. C-13/05, Rec. CJCE, p. I-6467.

Cette définition a été davantage développée par la CJUE dans deux affaires jointes de 2013⁹⁴⁷ : « la notion de « handicap » doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs ».

En droit français, c'est la loi du 11 février 2005⁹⁴⁸ qui a introduit dans le Code de l'action sociale et des familles une définition juridique du handicap en son art. 144 : « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant. »

Le critère du handicap est présent dans un grand nombre d'accords diversité : le cadre légal spécial qui le régit au niveau du droit français ainsi qu'au niveau du droit de l'UE permet aux partenaires sociaux de mettre en place des actions concrètes en faveur des salariés handicapés, comme nous allons le constater plus avant dans la deuxième section de ce chapitre.

B) Les aspects considérés comme « sensibles »

187. Les aspects dits « sensibles » se trouvent au cœur du débat de la diversité. Pour les identifier, nous opérons un parallélisme avec la notion de données sensibles qui, suivant l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée⁹⁴⁹, peuvent se définir comme les « données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier

⁹⁴⁷ CJUE, 2^{ème} ch., 11 avril 2013, *HK Danmark, agissant pour Jette Ring contre Dansk almennyttigt Boligselskab* aff. C-335/11 et *HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S*, aff. C-337/11, §38.

⁹⁴⁸ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n°36 du 12 février 2005, p. 2353, art.2.

Auparavant, la législation ne définissait pas le handicap juridiquement mais renvoyait aux commissions spéciales créées par la loi, chargées d'évaluer le taux d'incapacité de la personne handicapée. Un guide barème a été créé en 1993 dans cet objectif. Il s'agissait d'une conception médicale et non pas juridique du handicap.

Anne-Sophie Mugnier-Renard, « La notion juridique de handicap », In *Les droits des personnes handicapées, Bilan et perspectives*, Anne-Sophie Mugnier-Renard (dir.), Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 32 et s.

⁹⁴⁹ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par l'Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018.

une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ».

188. La Charte de la Diversité ainsi que l'ANI insistent sur les composantes culturelle, ethnique et sociale de la diversité. Toutefois, le caractère sensible de ces dimensions de la diversité ne semble pas avoir inspiré les partenaires sociaux dans leurs négociations des accords diversité⁹⁵⁰. Par conséquent, par le terme « sensibles » nous nous référons aux aspects qui, tout en faisant irréfutablement partie de la diversité, sont beaucoup moins présents dans les accords diversité. Cette absence est due à plusieurs facteurs : le cadre juridique est moins développé et n'entraîne pas d'obligations légales, le caractère sensible de ces aspects ne trouve pas toujours de consensus sur la meilleure façon de les aborder et, dans le cadre du droit français actuel, il est difficile, voire impossible, de les définir, les recenser et obtenir une image concrète de ce que ces critères représentent en entreprise. Il s'agit notamment de la race et de l'ethnie (1), et de la religion (2). Il convient d'ajouter une troisième catégorie, celle de la diversité sociale et des critères subsidiaires. Ces derniers sont des critères qui, malgré leur appartenance indéniable au discours de la diversité, ne font pas souvent partie des grandes thématiques associées à la diversité dans les accords collectifs : nous ne pouvons par conséquent les retrouver que dans un nombre limité d'accords (3).

1) *La race et l'ethnie*

189. Le Trésor de la langue française définit l'ethnie comme un « groupe d'êtres humains qui possède, en plus ou moins grande part, un héritage socio-culturel commun, en particulier la langue ». Il ajoute que « la plus répandue des confusions est celle qui substitue la race à l'ethnie et réciproquement. (...) L'ethnie étant le groupement naturel pour la détermination duquel entrent en ligne de compte surtout la culture et la langue. Tandis que la race est un groupement déterminé par les savants ». La représentation de la race est conçue comme « l'expression d'appartenance à la fois physique et culturelle aux récits généalogiques ou fondateurs, c'est-à-dire aux mythes que se forgent les groupes humains et qu'ils se forgent les uns des autres »⁹⁵¹.

Étymologiquement, le terme « ethnie » provient du grec ancien « ethnos », qui désigne « le peuple, la nation ». En effet, les premières distinctions entre les peuples remontent à la Grèce

⁹⁵⁰ Selon l'étude de la DARES, « l'origine sociale, culturelle et ethnique apparaît comme le composant de la diversité le moins cité et le moins bien outillé (dans 15 % des 80 accords diversité). »

Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 30.

⁹⁵¹ Frédéric Monneyron, Gérard Siary, *L'idée de race : histoire d'une fiction*. Paris, Berg, 2012, p. 9.

Antique ; la distinction principale était alors celle entre les Grecs et les « barbares ». Le mot « barbare » désignait à l'origine les personnes étrangères à la Grèce et qui ne parlent pas le grec. La distinction était donc davantage culturelle que physique ou géographique. La connotation négative du terme dérive de la doctrine affirmant la supériorité de la culture antique, ce qui laisse supposer une infériorité des autres cultures⁹⁵² ; toutefois, le sens actuel du mot n'est apparu que plusieurs siècles plus tard. Une autre expression fréquemment employée, notamment en matière de statistiques⁹⁵³, est celle de « *minorités ethniques* » : elle se réfère aux personnes appartenant à une ethnicité autre que celle considérée comme l'ethnicité majoritaire. L'expression « *minorité visible* » est également employée pour signaler la discrimination subie par les personnes sur le seul fondement de leur couleur de peau⁹⁵⁴. Il s'agit de la notion de « colorisme », étroitement liée à celle du racisme et des discriminations raciales⁹⁵⁵.

Le concept de préjugés ethniques et culturels fait ainsi son apparence dans le monde gréco-romain, toutefois, pour certains auteurs, l'existence de préjugés raciaux est discutable. Il arrive en effet que les termes « xénophobie » et « ethnocentrisme » soient considérés comme plus appropriés que « racisme » dans son sens moderne. Pour d'autres, les stéréotypes discriminatoires existants à l'époque gréco-romaine révèlent l'existence d'un proto-racisme, même si celui-ci ne répond pas aux critères exacts de la race et du racisme retenus dans le sens moderne de ces termes. Pour d'autres encore, l'intérêt de la question de l'existence du racisme antique est lié au racisme moderne et à la manière dont le passé a influencé la formation et l'évolution ultérieure du racisme.

190. Liens entre le racisme et la discrimination. Le racisme est conçu comme une idéologie : c'est pourquoi les tentatives visant à l'endiguer relèvent souvent de la sphère politique. Sous le prisme de la sphère publique, le racisme est assimilé « à des idées, des préjugés, des idéologies, des discours ou bien des attitudes hostiles et des actes de violence qu'il faut combattre par l'éducation ou la pénalisation »⁹⁵⁶. Quant à elle, la discrimination constitue

⁹⁵² Frédéric Monneyron, Gérard Siary, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁵³ Voir ch. 6.

⁹⁵⁴ Cris Beauchemin, Christelle Hamel, Maud Lesné, Patrick Simon, « Les discriminations : une question de minorités visibles », *Population et Sociétés*, 2010, n°466, Stéphane Carcillo, Maria-Anne Valfort, *Les discriminations au travail. Femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, Paris, Presses de SciencesPo, 2018, p. 93.

⁹⁵⁵ Angela R. Dixon, Edward Telles, « Skin Color and Colorism : Global Research, Concepts, and Measurement », *Annual Review of Sociology*, vol. 43, n°1, 2017, p. 405-424.

⁹⁵⁶ Jean Luc Primon, Patrick Simon, « Mesurer le racisme ? L'apport des enquêtes quantitatives à la sociologie du racisme », *Sociologie et sociétés*, vol. 50, n°2, p. 178.

une pratique, ayant des conséquences et résultats observables. De ce point de vue, le racisme est une notion théorique, une idéologie fondée sur les préjugés, et la discrimination constitue sa manifestation pratique⁹⁵⁷. Il convient également de préciser que les deux notions ne sont pas nécessairement interchangeable. Ainsi, une personne ayant été victime de propos racistes n'a pas nécessairement subi un acte discriminatoire : il peut y avoir racisme sans discrimination ou encore discrimination sans racisme, comme l'a révélé l'enquête Trajectoire et origine⁹⁵⁸. D'où le fait que la lutte contre la discrimination constitue un combat juridique⁹⁵⁹. Toutefois, ceci ne signifie pas que le droit n'est pas intervenu pour combattre le racisme : au contraire, la loi du 1972 contre le racisme a été prise bien avant les lois antidiscriminatoires⁹⁶⁰. Une différence demeure : la loi contre le racisme se focalise davantage sur le combat contre les préjugés idéologiques que sur les inégalités qui en découlent (qui seront traitées par le domaine de la lutte contre les discriminations).

191. En droit français, proposer une définition du concept de la « race » ou de « l'ethnie » n'est pas évident et, souvent, on recourt à un critère objectif, celui de l'origine. L'origine, en tant que critère objectif reconnu et pris en compte par les statistiques françaises, aborde la question de la nationalité et du pays de naissance, mais ne constitue pas un critère suffisant pour appréhender les problèmes qui découlent de l'origine subjective, c'est-à-dire l'origine « perçue », mieux explicitée par les notions de la race et de l'ethnie⁹⁶¹. La perception d'une origine étrangère est étayée par la reconnaissance d'attributs (faciaux, couleur de peau, patronyme, accent, religion, etc.), dits « ethniques et raciaux », qui sont indépendants de la nationalité ou du pays de naissance⁹⁶². Ces attributs sont socialement situés, c'est-à-dire qu'ils sont signifiants dans une société et une époque donnée. Ils sont sélectionnés, parmi une infinité d'autres possibilités, par des majoritaires, pour catégoriser des minoritaires, dans le cadre de rapports de pouvoir⁹⁶³. Les identités ethniques et raciales ne qualifient donc pas nécessairement des individus qui auraient en commun un pays de naissance ou une nationalité, ni même des caractéristiques culturelles, biologiques ou socio-économiques ; elles rassemblent des

⁹⁵⁷ Jean Luc Primon, Patrick Simon, *op.cit.*, p. 192.

⁹⁵⁸ V. ch. 6.

⁹⁵⁹ Milena Doytcheva, *Politiques de la diversité : Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 42.

⁹⁶⁰ Loi du 1^{er} juillet 1972, relative à la lutte contre le racisme.

Milena Doytcheva, *op.cit.*, p. 41.

⁹⁶¹ Estelle Carde, « De l'origine à la santé, quand l'ethnique et la race croisent la classe. », *Revue européenne des migrations internationales*, vol.27, no. 3, 2011, pp. 33, 36, 37.

⁹⁶² *Ibid.*, p. 37.

⁹⁶³ Colette Guillaumin, *L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Paris, Gallimard, 2002, et Estelle Carde, *op.cit.*

individus, qui ont pour « plus petit dénominateur commun » une « expérience sociale partagée », considérés par les majoritaires comme membres de telle ou telle catégorie ethnique ou raciale⁹⁶⁴.

Le législateur français, lors de la transposition des directives européennes de 2000, s'est référé à « l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une prétendue race » (article L. 1132-1 Code du travail) et a évité toute tentative de définition. Une proposition visant à supprimer entièrement le mot *race* de la législation française est même apparue⁹⁶⁵, proposition qui a suscité la réaction du Défenseur des droits, celui-ci signalant le danger et l'imprévision de la suppression de ce critère pour le sort des procédures contentieuses et le paradoxe consistant à se référer au *racisme* sans pouvoir se référer à la *race*⁹⁶⁶.

192. Bien que les scientifiques ainsi que le droit international et européen rejettent fermement les théories de « race » et s'accordent sur ce point avec le droit français, des tentatives de définition existent bien dans d'autres systèmes juridiques. Par exemple, le droit britannique, à travers la section 9 du *Equality Act*, énumère les éléments qu'il considère comme faisant partie de la « race » :

- « 1. La race inclut a) la couleur, b) la nationalité, c) les origines ethniques et nationales.
2. En ce qui concerne la caractéristique protégée de la race, a) une référence à une personne qui a une caractéristique protégée particulière est une référence à une personne d'un groupe racial particulier ; b) une référence aux personnes partageant une caractéristique protégée est une référence à des personnes du même groupe racial.
3. Un groupe racial est un groupe de personnes défini par référence à une race : et une référence au groupe racial d'une personne est une référence à un groupe racial dans lequel la personne s'inscrit.
4. Le fait qu'un groupe racial puisse comprendre deux ou davantage de groupes raciaux ne l'empêche pas de constituer un groupe racial particulier. »⁹⁶⁷

⁹⁶⁴ Pap Ndiaye, *La condition noire. Essai sur une minorité française*, Paris, Calmann Lévy, 2008, et Estelle Carde, *op.cit.*

⁹⁶⁵ Proposition de loi tendant à la suppression du mot « race » de notre législation, n°218, déposée à l'Assemblée Nationale le 26 sept. 2012.

⁹⁶⁶ Défenseur des droits, avis n°13-05 du 16 avril 2013 relatif à la suppression du mot « race » de notre législation : proposition de loi n°218 tendant à la suppression du mot « race » de notre législation.

V. aussi Sophie Sereno, *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017, pp. 131-133.

⁹⁶⁷ Equality act 2010, section 9 : « (1) Race includes (a) colour; (b) nationality; (c) ethnic or national origins.

La jurisprudence britannique apporte quelques clarifications supplémentaires à cette définition en jugeant que la race ne peut être déterminée par des arguments scientifiques ou biologiques, mais qu'elle ne peut être évaluée qu'à partir des éléments culturels⁹⁶⁸. En outre, la jurisprudence intervient pour définir les éléments constitutifs du critère des origines ethniques : « 1) une histoire longue qui unifie le groupe et le distingue des autres groupes, 2) une tradition culturelle avec mœurs et usages en famille et en société, liée souvent mais pas exclusivement avec des croyances religieuses, 3) une origine géographique ou ancestrale commune, 4) une langue commune mais pas nécessairement exclusive au groupe, 5) une littérature spécifique pour le groupe, 6) une religion commune distincte de la religion des groupes voisins et, enfin, 7) le fait d'être une minorité ou un groupe opprimé ou dominant au sein d'une plus vaste communauté. »⁹⁶⁹

Par conséquent, à travers ces éléments, le juge peut définir si une personne ou un groupe de personnes s'inscrivent dans un groupe ethnique et, ainsi, s'ils bénéficient ou non de la protection du *Equality Act*.

193. Certains juristes français⁹⁷⁰ ont observé qu'une définition plus complète quant à ces critères faciliterait la tâche du juge prud'homal et du juge pénal qui, en vertu des articles L1132-

(2) *In relation to the protected characteristic of race (a) a reference to a person who has a particular protected characteristic is a reference to a person of a particular racial group; (b) a reference to persons who share a protected characteristic is a reference to persons of the same racial group.*

(3) *A racial group is a group of persons defined by reference to race; and a reference to a person's racial group is a reference to a racial group into which the person falls.*

(4) *The fact that a racial group comprises two or more distinct racial groups does not prevent it from constituting a particular racial group. »*

⁹⁶⁸ *Mandla v Dowell Lee* [1983] AC 548, 56 D-F. V. analyses par David Cabrelli, *Employment Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 408, et Bob Hepple, *Equality: The Legal Framework Second Edition*, London, Hart Publishing, 2011, pp. 47-48. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si les Sikhs constituent un groupe religieux ou un groupe ethnique distinct des Indiens punjabis : par conséquent, la problématique était de savoir si les critères de qualification d'un groupe ethnique sont purement « raciaux » ou également culturels, sociétaux, etc.

⁹⁶⁹ Il s'agit de la définition donnée par le jugement de Lord Fraser dans l'affaire *Mandla v Dowell Lee* [1983] AC 548, 56 D-F: « *The conditions which appear to me to be essential are these: (1) a long shared history, of which the group is conscious as distinguishing it from other groups, and the memory of which it keeps alive; (2) a cultural tradition of its own, including family and social customs and manners, often but not necessarily associated with religious observance. In addition to those two essential characteristics the following characteristics are, in my opinion, relevant: (3) either a common geographical origin, or descent from a small number of common ancestors; (4) a common language, not necessarily peculiar to the group; (5) a common literature peculiar to the group; (6) a common religion different from that of neighbouring groups or from the general community surrounding it; (7) being a minority or being an oppressed or a dominant group within a larger community, for example a conquered people (say, the inhabitants of England shortly after the Norman conquest) and their conquerors might both be ethnic groups. »*

David Cabrelli, *op.cit.*, p. 408, Bob Hepple, *op.cit.*, pp. 47-48.

⁹⁷⁰ Christophe Willmann, « Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Dr. soc.*, 2007, p. 936.

Le problème se révèle également linguistique : « Le juriste est frappé d'une sorte d'inhibition, de paralysie, qui se manifeste d'une part par l'indécision et l'imprécision de son appareillage linguistique, la langue du droit étant

1 du Code du travail et 225-1 du Code pénal, doivent respectivement se prononcer sur les critères de prétendue race et d'ethnie afin de déterminer l'existence d'une infraction. De même la position française semble incompatible avec toute possibilité d'action positive, puisque, « faute de pouvoir construire des catégories sur un tel critère, il est impossible de définir la ou les population(s) bénéficiaires d'une quelconque action positive en la matière »⁹⁷¹. D'autres auteurs regrettent « l'invisibilité juridique » de ces critères sensibles en entreprise en raison de l'impossibilité de repérage dans les outils statistiques⁹⁷².

Une distinction doit également être opérée entre la notion d'origine ethnique et la nationalité, cette dernière étant exclue du champ des directives 2000/78/CE et 2000/43/CE et, par conséquent, non protégée comme les autres critères au niveau de l'UE⁹⁷³.

194. **Les critères de race et d'ethnie dans les démarches diversité.** Il convient d'insister sur le fait que la notion de diversité, et l'inclusion des thématiques comme la « race » et l'ethnie qui en découle, ne sont en réalité pas opposées à la conception française et la négation de la « race ». En effet, « le racisme préexiste à la race »⁹⁷⁴ et « l'idée de race est susceptible d'exister sans la race »⁹⁷⁵. Dans ce débat, certains auteurs⁹⁷⁶ opèrent nettement la distinction entre la « race » en tant que prétendu concept scientifique ou biologique, et la « race » en tant que construction sociale, liée à des éléments historiques et sociopolitiques. Le premier concept est bien évidemment rejeté mais la prise de conscience quant au deuxième peut se révéler nécessaire pour affronter les questions de la discrimination ethno-raciale en entreprise. Les partenaires sociaux se montrent réticents à traiter de façon extensive ce critère ; toutefois,

étonnement approximative et d'autre part par les critères retenus pour définir les notions de « race » ou d'ethnie du salarié. »

⁹⁷¹ Il faut préciser que cette position n'est pas incompatible avec le droit de l'Union européenne, qui prévoit une possibilité de procéder à des actions positives sur ces critères et non pas une obligation (v. section 2).

Morgan Sweeney, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT* 2012, p. 87.

⁹⁷² Christophe Willmann, *op.cit.*, p. 936.

⁹⁷³ Directive 2000/43/EC, 29 juin 2000 et Directive 2000/78/CE du 27 nov. 2000, art. 3 § 2 « La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des États membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides concernés. »

⁹⁷⁴ Commission alternative de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations, *Le Retour de La Race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2009, p. 17.

⁹⁷⁵ Frédéric Monneyron, Gérard Siary, *op.cit.*, p. 9.

⁹⁷⁶ Yasmeen Abu-Laban, Christina gabriel, *Selling diversity. Immigration, multiculturalism, employment equity and globalisation*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2002, p. 13.

certaines accords prévoient la promotion de la diversité d'origine ethnique⁹⁷⁷ ou font référence à la « diversité culturelle et sociale »⁹⁷⁸.

Dans son discours pour les dix ans du Label Diversité⁹⁷⁹, Monsieur Jacques Toubon, ancien Défenseur des droits, s'est également prononcé sur la place des discriminations fondées sur l'origine au sein du débat diversité. Il remarque, comme nous l'avons aussi signalé ci-dessus, que trop souvent, les organisations labélisées limitent leur politique de diversité et leur politique antidiscriminatoire aux critères du sexe, du handicap et de l'âge : la mobilisation sur ces critères répond plutôt à des exigences légales qu'à un volontarisme qui consisterait à s'attaquer au fondement de certaines discriminations et en particulier aux discriminations selon l'origine. Dans ces dernières, on constate un manque d'investissement de la part des organismes privés et des politiques publiques. Même si les discriminations selon l'origine ne constituent pas le premier motif de plaintes auprès du Défenseur des droits (elles représentent 15% de réclamations), il est clair que l'origine reste très largement la raison principale derrière la majorité de comportements discriminatoires. Il s'agit toutefois d'une raison qui est souvent non-dite, fréquemment tue et intériorisée, ce qui permet à ce type de discrimination de prospérer dans notre société.

2) *Les convictions religieuses*

195. La notion de convictions religieuses peut être traitée de façon autonome ou conjointement avec les questions de la race et de l'ethnie, puisque les candidats perçus comme appartenant à des minorités ethniques sont souvent également perçus comme pratiquants par les recruteurs et peuvent être doublement discriminés sur le marché du travail⁹⁸⁰. Bien que le nombre d'accords diversité abordant l'aspect des convictions religieuses demeure limité, la question de la religion au travail est particulièrement épineuse pour le droit français ainsi que pour le droit européen. Il est donc indispensable de l'inclure dans notre analyse.

196. Les partenaires sociaux contribuent à ce débat à travers les accords collectifs mais, très souvent, l'employeur choisit de recadrer ce critère de façon unilatérale, sans la participation des partenaires sociaux. En effet, depuis 2016, le législateur prévoit la possibilité pour l'employeur

⁹⁷⁷ Accord sur la diversité et l'équité au sein d'HSBC France du 22 juillet 2011.

⁹⁷⁸ Accord d'entreprise Diversité et Inclusion au sein de Metro France du 1^{er} octobre 2020.

⁹⁷⁹ Jacques Toubon, « 10 ans du Label Diversité », Intervention dans le cadre de la rencontre pour les 10 ans du Label Diversité organisée par la DGEFP, la DGAFP et AFNOR certifications, 21 oct. 2019, <https://www.dailymotion.com/video/x7p2olu>.

⁹⁸⁰ Stéphane Carcillo, Maria-Anne Valfort, *op.cit.*, p. 110.

d'inclure une clause de neutralité dans le règlement intérieur « restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché »⁹⁸¹. Le législateur ne précise pas en l'espèce le type de convictions, la formule dépassant largement le cadre de convictions religieuses et pouvant concerner les convictions politiques, philosophiques ou autres⁹⁸². Il s'agit d'un choix bien conscient : l'imposition d'une règle de neutralité visant exclusivement les convictions religieuses serait considérée comme discriminatoire par la CJUE⁹⁸³. Pour restreindre cette liberté, il faut toutefois passer par un « double filtre », celui d'un motif légitime et du principe de proportionnalité⁹⁸⁴. Cette disposition doit être examinée en combinaison avec l'art. L. 1133-1 du Code du travail, qui transpose l'art. 4§1 de la directive 2000/78/CE, selon lequel « une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée » peut justifier une différence de traitement⁹⁸⁵. Une restriction de l'exercice de la liberté religieuse au travail peut répondre à ces conditions lorsque l'exigent des raisons de sécurité⁹⁸⁶, la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause⁹⁸⁷, ou encore en présence d'organismes assurant une mission de service public⁹⁸⁸.

⁹⁸¹ Art. L1321-2-1 C. trav., Créé par LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 2.

⁹⁸² Nicolas Moizard, « La neutralité des salariés dans l'entreprise. Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, article 2 », *RDT*, 2016, p. 817.

⁹⁸³ CJUE, 14 mars 2017, *G4S*, aff. C-157/15, et CJUE, 14 mars 2017, *Micropole Univers*, aff. C-188/15.

Comme l'explique Gwénaële Calvès, « En effet, si seuls les travailleurs religieux étaient protégés contre le préjudice né de l'application d'une règle de neutralité, il n'y aurait aucune difficulté à juger qu'une telle règle est directement discriminatoire : elle désavantage les travailleurs religieux par rapport à leurs collègues a-religieux, non pas parce que ces derniers ne subissent pas de préjudice (eux aussi pourraient vouloir exprimer leurs convictions personnelles) mais parce que la loi ne protège pas leurs convictions. »

Gwénaële Calvès, « Le critère « religion ou convictions », même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 323.

⁹⁸⁴ Nicolas Moizard, « La neutralité des salariés dans l'entreprise. Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, article 2 », *op.cit.*

⁹⁸⁵ Cyril Wolmark, « La neutralité du salarié », *RDT*, 2018, p. 726.

⁹⁸⁶ Nous pouvons citer les exemples des employés masculins sikhs : conformément au Sikhisme, les hommes sont obligés de porter un turban, ce qui s'oppose à certaines dispositions de sécurité qui exigent par exemple le port d'un casque de sécurité. Dans ces cas, l'objectif de santé et de sécurité des travailleurs l'emporte sur la liberté religieuse et justifie l'interdiction de sa manifestation.

Commission européenne des Droits de l'Homme, 12 juillet 1978, *X. c. Royaume-Uni*, n°7992/77, décision de la DR 14, p. 234.

Suivant la même logique, ne constitue pas une atteinte au droit à l'exercice de la liberté de religion, l'obligation de retirer le turban ou le voile pour les contrôles de sécurité aux aéroports : CEDH, 11 janvier 2005, *Phull c. France*, req. n°35753/03.

⁹⁸⁷ CJUE, 14 mars 2017, *Micropole*, préc., § 37 et 38, V. aussi Cyril Wolmark, « La neutralité du salarié », *op.cit.*

⁹⁸⁸ Deux affaires françaises ont été déterminantes quant au régime applicable aux organismes assurant une mission de service public : les affaires *CPAM* et *Baby Loup*. La première concerne le licenciement pour port du foulard islamique d'une employée de la CPAM. La Cour de cassation a légitimé le licenciement et l'exigence de neutralité pour les agents exerçant un service public, peu important qu'ils soient ou non en contact avec la clientèle (Cass. soc. 19 mars 2013, n°12-11.690, *AJDA* 2013. 597.)

La question s'est récemment posée concernant le règlement intérieur d'un barreau et au sujet de la possibilité d'imposer aux avocats, lorsqu'ils se présentent à l'audience, de ne porter avec la robe ni décoration, ni signe manifestant ostensiblement une appartenance ou une opinion religieuse, philosophique, communautaire ou politique. La Cour d'appel de Douai a considéré que « l'objectif recherché est ainsi bien légitime et l'exigence proportionnée, cette interdiction ne valant que lors des seules missions de l'avocat de représentation ou d'assistance d'un justiciable devant une juridiction »⁹⁸⁹.

197. L'introduction d'une règle interne de neutralité semble également satisfaire ces conditions, comme le démontre la jurisprudence de la CJUE : en effet, l'existence d'une règle interne de neutralité peut justifier une restriction à l'expression de la liberté religieuse d'un salarié tandis que, dans le cas inverse, la mise en place d'une telle restriction en l'absence de

La deuxième affaire est beaucoup plus complexe et a donné lieu à un riche contentieux. L'affaire *Baby Loup* concerne le licenciement pour faute grave d'une employée d'une crèche qui portait le voile malgré le règlement intérieur prescrivant la neutralité du personnel, dans un but de préservation de la conscience des jeunes enfants.

Dans une première affaire de la chambre sociale (Cass. soc. 19 mars 2013, n°11-28.845, arrêt n°536 FS-P+B+R+I, *M^{me} X. c/ Association Baby Loup*, publié au Bulletin ; D. 2013. 777), la Cour de cassation a estimé que la restriction vestimentaire imposée par le règlement intérieur était générale et imprécise et la qualification de service public pour la crèche n'a pas été retenue. Quelques mois plus tard, l'Assemblée générale de la Cour s'oppose à la décision de la chambre et valide le licenciement de la salariée (Cass., ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, D. 2014. 1386) en estimant que la clause était suffisamment précise mais en refusant de reconnaître la crèche comme une entreprise de tendance, ou de conviction.

Emmanuel Dockès, « Liberté, laïcité, *Baby Loup* : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Dr. soc.*, 2013, p. 388, Christophe Radé, « L'après *Baby Loup* », *D.*, 2014, p. 1536, Hélène Nasom-Tissandier, « Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Dr. soc.*, 2018, p. 348.

L'affaire a par la suite dépassé les frontières françaises : bien qu'un recours à la CEDH soit la voie habituelle, la plaignante a opté pour une démarche plus originale, auprès du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, organe responsable de la surveillance de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (dont l'art.18 garantit la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, les seules restrictions possibles étant celles prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui). En effet, selon Jean Mouly, ce choix était peut-être le plus judicieux puisque selon la jurisprudence de la CEDH, « l'interdiction du voile dans le cadre d'un tel enseignement constituait une mesure raisonnable compte tenu de la marge d'appréciation des États » (comme cela a déjà été établi dans l'affaire CEDH 15 févr. 2001, *Dahlab c/ Suisse*, req. n°42393/98, *AJDA* 2001. 480, celle de CEDH, 24 janv. 2006, n°65500/01 *Kurtulmus c Turquie*, ou encore celle de CEDH, 26 nov. 2015, *Ebrahimian c/ France*, req. n°64846/11, D. 2015, selon lesquelles l'interdiction faite aux agents publics de manifester leurs convictions religieuses n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme). Dans une décision du 16 juillet 2018, le Comité onusien a rejeté les arguments de l'État français en estimant que la restriction n'était ni nécessaire ni proportionnée. Ce comité ne présente pas la force contraignante de la jurisprudence de la CEDH ni de la CJUE auxquelles la jurisprudence de la Cour de cassation est conforme, mais pourrait influencer la position du juge à l'avenir.

Jean Mouly, « L'affaire *Baby Loup* devant le Comité onusien des droits de l'homme : vers une révision déchirante de la jurisprudence interne ? », *D.* 2018., p. 2097, Julie Klein, « Affaire *Baby Loup* : impact de l'avis du Comité de l'ONU », *D.* 2019, p. 120.

Concernant la position de la CEDH en matière de port des signes religieux dans l'espace public, voir aussi Francis Messner, *L'affiliation religieuse en Europe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2017, p. 69 et s.

⁹⁸⁹ CA Douai, 9 juillet 2020, n°19/05808. V. aussi Grégoire Loiseau, « La robe et le foulard. La liberté n'est pas une île. CA Douai, 9 juill. 2020, n°19/05808 », *BJT*, sept. 2020, n°09, p. 13.

règle de ce type peut constituer une discrimination directe⁹⁹⁰, position suivie par le juge français⁹⁹¹.

Il convient de mentionner que les approches de la CJUE et de la CEDH s'accordent globalement en ce qui concerne le critère de la religion. Ce qui diffère est notamment l'approche : la CJUE examine la religion sous le prisme de la qualification de discrimination directe ou indirecte, tandis que la CEDH s'intéresse plutôt à la religion en tant que liberté à garantir⁹⁹².

198. Il peut paraître contradictoire de combiner les notions de neutralité et de diversité : la première vise à « effacer » les différences, alors que la seconde, par définition, sert à les valoriser. En effet, pour certains auteurs, les deux concepts s'opposent diamétralement lorsque

⁹⁹⁰ CJUE, 14 mars 2017, *G4S*, aff. C-157/15; *Bouagnaoui*, aff. C-188/15 : *D. act.*, 20 mars 2017, obs. M. Peyronnet ; *Lexbase hebdo*, éd. soc., n°692, 23 mars 2017, obs. Ch. Radé ; *AJDA*, 2017, p. 551 ; *ibid.*, p. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänsler et P. Bonneville ; *D.*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *RDT*, 2017, p. 422, obs. P. Adam ; *Constitutions*, 2017, p. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *RTD eur.*, 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez.

V. aussi Jean-Louis Bianco, Nicolas Cadène, Cyril Wolmark, « Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise ? », *RDT* 2017, p. 235.

Dans le premier arrêt, l'interdiction de porter un foulard islamique est justifiée et ne constitue pas une discrimination directe car elle découle « d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail ». En revanche, dans l'affaire *Bouagnaoui*, l'absence de règle interne conduit à ce que l'interdiction de porter le foulard islamique ne réponde pas au critère « d'exigence professionnelle essentielle et déterminante » et soit par conséquent discriminatoire.

Deux affaires jointes pendantes de la CJUE, sont en train de réexaminer les politiques de neutralité en entreprise, les juges allemands mettant en cause la justification de l'interdiction des signes religieux au nom de la neutralité. Conclusions de l'avocat général, CJUE, 25 février 2021, *Wabe*, aff. C-804/18, et *MH Muller Handel*, aff. C-341/19. Sophie Robin-Olivier, « Prendre au sérieux le contrôle de proportionnalité en matière de discrimination religieuse », *BJT*, n°04, avril 2021, p. 59.

⁹⁹¹ La Cour de Cassation semble reprendre les apports de ces arrêts dans son arrêt du 22 novembre 2017 : « L'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, en application de l'article L. 1321-5 du Code du travail, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients ; qu'en présence du refus d'une salariée de se conformer à une telle clause dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès des clients de l'entreprise, il appartient à l'employeur de rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui est possible de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement », Cass. soc. 22 nov. 2017, n°13-19.855, publié au Bulletin, *D. act.* 30 nov. 2017, obs. Peyronnet ; *SSL* 2017, n°1792, p. 16, obs. Adam. V. aussi : Jean Mouly, « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la CJUE « traduits » en droit interne par la Cour de cassation », *D.* 2018, p. 218 ; Hélène Nasom-Tissandier, « Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Dr. soc.*, 2018, p. 348.

Cette position a été confirmée par l'arrêt de la chambre sociale du 14 avril 2021. La Cour de cassation précise qu'en l'absence de clause de neutralité, la volonté de préserver l'image de l'entreprise ne constitue pas une justification admise pour l'interdiction du port du foulard. Cass. soc. 14 avril 2021, n°19-24.079, FS-P, Fanny Lalanne, « Port du voile et licenciement : un nouvel arrêt de la Cour de cassation », *JSL*, 15 avril 2021, Delphine Castel, « Laïcité-Port du voile-Le client n'est pas toujours roi », *Juris associations*, 2021, n°642, p. 12.

⁹⁹² Gwénaële Calvès, *op.cit.*, p. 323

Et Jean Mouly, « L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte. La perspective des Cours européennes », *Dr. soc.*, 2018, p. 330.

la neutralité en entreprise s'impose sans justification liée au maintien de la sécurité ou de l'ordre public⁹⁹³. Toutefois, dans les accords des organismes de sécurité sociale, la diversité se trouve liée à la neutralité et la laïcité et nous retrouvons la formule suivante : « Le respect de la diversité et de la non-discrimination est à la base des principes de neutralité et de laïcité du service public auxquels sont assujettis les organismes de sécurité sociale. »⁹⁹⁴

En outre, la neutralité, qui peut servir d'instrument à la diversité quand elle est perçue sous un prisme distinct, celui de la neutralisation des stéréotypes liés à certains critères discriminatoires (en l'espèce les stéréotypes religieux), est aussi susceptible de garantir une meilleure diversité dans l'entreprise. Telle est l'idée justifiant les CV anonymes, idée récurrente dans les accords diversité⁹⁹⁵. Toutefois, en prenant en considération ces éléments et le cadre juridique français et européen, la réticence des partenaires sociaux à incorporer activement le critère des convictions religieuses dans leurs démarches en matière de diversité peut être comprise. Par conséquent, les références des partenaires sociaux à ce critère dans les accords collectifs diversité se limitent plutôt à la présentation du cadre légal antidiscriminatoire et non pas à une véritable démarche en faveur de la diversité religieuse, le risque d'opérer une différence de traitement non justifiée étant trop élevé. L'on trouve ainsi des accords diversité faisant référence à la neutralité religieuse dans un objectif de lutte contre les discriminations⁹⁹⁶ ou encore des instruments de gestion tels que des ateliers de sensibilisation et des guides traitant des convictions religieuses⁹⁹⁷.

⁹⁹³ Vincente Fortier, « Neutralité et diversité religieuse dans l'entreprise privée », In *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Céline Ruet (dir.), Bayonne : Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, L.G.D.J, 2020, p. 276.

⁹⁹⁴ Il s'agit de la formule employée par le protocole d'accord national en date du 28 Juin 2016 modifié par avenant du 14 octobre 2019 relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances, qui a été repris par les partenaires sociaux au niveau local: Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et l'égalité professionnelle du Centre de Traitement Informatique Sophia-Antipolis du 21 décembre 2020, Accord d'entreprise relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances du 12 novembre 2017, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité, de l'égalité des chances et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes de la Caisse d'allocations Familiales de Seine-et-Marne du 23 octobre 2018, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la CPAM Côtes d'Armor du 13 mai 2020.

⁹⁹⁵ Par exemple, dans l'accord d'entreprise de PSA Peugeot-Citroën (avril 2015), l'art. 3.4 dédié à la formation sur la diversité prévoit qu'il faut intégrer « des séances de débats et d'échanges qui permettent aux participants de mieux connaître les règles à respecter, de prendre conscience de l'existence de stéréotypes pour apprendre à les neutraliser ».

⁹⁹⁶ Accords sur l'amélioration de la qualité de vie au travail et l'égalité professionnelle de la société LNA Santé du 13 décembre 2016 et 25 janvier 2017 (suivis d'un avenant du 27 mars 2019). L'accord souligne plusieurs aspects du principe de non-discrimination, y compris le principe de neutralité : « la liberté de conviction ne saurait porter atteinte à la liberté d'autrui ou constituer un comportement prosélyte ». Un guide de recrutement visant à favoriser la diversité des profils à l'embauche est également mis en place par la direction. « LNA Santé s'engage sur la QVT et l'égalité pour mettre la « bienveillance » au cœur de sa culture », *Liaisons sociales Quotidien - L'actualité*, N° 17259, 6 février 2017.

⁹⁹⁷ Groupe Casino, *Responsabilité sociale d'entreprise (RSE) et Déclaration de performance extra-financière (DPEF)*, document de référence 2018, p. 197.

3) *La diversité sociale et les critères subsidiaires*

199. D'autres critères peuvent apparaître au sein de certains accords collectifs diversité, mais non de façon ponctuelle comme pour les critères analysés ci-dessus. Comme attendu, les accords diversité font référence à l'art. L1132-1 C. tr. et procèdent à l'énumération des différents critères discriminatoires. Il est toutefois rare que les partenaires sociaux choisissent de développer des critères autres que les critères standards présentés ci-dessus. Dans cette catégorie, nous intégrons une dimension importante de la diversité, la diversité sociale. Cet aspect de la diversité se réfère aux facteurs sociaux de différenciation des profils et peut couvrir un champ très large : l'âge, le genre, la nationalité, le statut professionnel, les revenus, ou même l'adresse d'un individu. Affirmée sous le terme de « mixité », la notion est ainsi associée à l'hébergement des personnes défavorisées (loi d'orientation pour la ville de 1991), ou encore à la construction de logements sociaux (loi solidarité et renouvellement urbain de 2000)⁹⁹⁸. L'objectif de la diversité sociale est de réduire les disparités et l'exclusion subies par une partie de la population en raison de sa situation sociale.

Précisons que le critère de la résidence a été mis en avant par les partenaires sociaux eux-mêmes dans le cadre de l'ANI du 11 octobre 2006 relatif à la diversité dans l'entreprise⁹⁹⁹. Par ce critère, l'on se réfère le plus souvent au fait que le domicile du candidat se trouve dans des zones urbaines considérées comme sensibles mais d'autres dimensions peuvent lui être incorporées, par exemple le refus d'embaucher en raison de l'éloignement géographique du domicile du candidat au regard du lieu de travail¹⁰⁰⁰. Ce critère peut se révéler particulièrement

⁹⁹⁸ Philippe Genestier, « La mixité : mot d'ordre, vœu pieux ou simple argument ? », *Espaces et sociétés* 2010/1, n°140-141, p. 29.

⁹⁹⁹ ANI du 11 oct. 2006 relatif à la diversité dans l'entreprise.

Art.1 : « Il vise, dans le domaine de l'emploi, notamment à garantir aux salariés la non-discrimination et l'égalité de traitement en matière de recrutement, d'affectation, de rémunération, de formation professionnelle et de déroulement de carrière sans distinction d'origine vraie ou supposée ou d'appartenance ou de non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, et sans distinction selon le patronyme, l'apparence physique ou le lieu de résidence. »

Art.4 : « Les stéréotypes, les préjugés et certaines représentations collectives, tenant à l'origine vraie ou supposée ou l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, ou tenant au patronyme, à l'apparence physique ou au lieu de résidence constituent un frein injustifié à l'embauche ou à l'évolution professionnelle de certaines personnes. »

Art. 6 : « Afin d'assurer un égal accès de chacun à l'emploi, les critères retenus pour le recrutement doivent être strictement fondés sur la possession des compétences et des capacités professionnelles requises, appréciées objectivement en dehors de tout présupposé tenant à l'apparence physique, le patronyme, le lieu de résidence ou le lieu de naissance. »

¹⁰⁰⁰ Défenseur des droits, décision n°MLD/2015-63 du 20 mai 2015 relative à un refus d'embauche discriminatoire en raison du lieu de résidence.

important lorsqu'un lien est forgé entre l'adresse et la situation sociale, lien qui peut être exact ou complètement erroné¹⁰⁰¹.

Certains accords ont développé des aspects de la diversité sociale. Par exemple, l'accord Peugeot-Citroën de 2015 créé un critère particulier, celui des « personnes éloignées de l'emploi », qui inclut « les personnes rencontrant structurellement des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi et notamment les jeunes de moins de 26 ans en grande difficulté, les bénéficiaires de minima sociaux, les demandeurs d'emploi de longue durée, les travailleurs reconnus handicapés ». Une catégorisation similaire existe dans l'accord d'entreprise en faveur de la diversité de l'Électricité de Strasbourg du 28 juin 2010, lequel intègre dans ses actions « l'action au marché de l'emploi des publics en difficulté ». Dans l'accord Agir Sécurité de 2017¹⁰⁰², on retrouve également un dispositif dédié à l'intégration « de nouveaux salariés issus de zones urbaines sensibles ou en situation d'insertion professionnelle difficile ». L'accord Diversité BNP Paribas de 2016¹⁰⁰³ met également l'accent sur « l'insertion de publics issus de zones sensibles ».

200. Outre la dimension sociale de la diversité, l'on pourrait qualifier certains critères de la diversité de « subsidiaires » car ils apparaissent peu dans les démarches diversité bien qu'ils en fassent partie. Il s'agit de l'exemple de l'apparence physique, une forme de discrimination très courante mais difficile à détecter qui peut avoir un impact important tant en ce qui concerne le recrutement que la rémunération¹⁰⁰⁴. À la différence des autres critères, celui-ci peut réellement passer inaperçu et est presque impossible à prouver puisque la beauté reste un élément subjectif et évidemment non défini juridiquement. Une étude de l'Université de Princeton a même révélé que l'apparence physique peut influencer le salaire de 5 à 10%, manifestant ainsi une « prime à la beauté »¹⁰⁰⁵. Il s'agit toutefois d'un critère qui n'a pas vraiment préoccupé les partenaires sociaux dans leurs négociations en matière de diversité, à l'exception de la question de la liberté vestimentaire au travail, qui a suscité un débat juridictionnel¹⁰⁰⁶. Quant aux accords diversité,

¹⁰⁰¹ Sophie Sereno, *op.cit.*, p. 125.

¹⁰⁰² Accord sur la diversité, la cohésion sociale et l'égalité des chances au sein d'Agir Sécurité du 27 nov. 2017.

¹⁰⁰³ Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas du 30 mai 2016.

¹⁰⁰⁴ Stéphane Carcillo, Maria-Anne Valfort, *op.cit.*, p. 133 et s.

¹⁰⁰⁵ Daniel Hammermesh, *Beauty Pays*, Princeton, Princeton University Press, 2011, Stéphane Carcillo, Maria-Anne Valfort, *op.cit.*, p. 137.

¹⁰⁰⁶ La liberté vestimentaire n'est pas consacrée comme une liberté fondamentale mais demeure une liberté individuelle, par conséquent, toute restriction doit être justifiée (Cass. soc. 28 mai 2003, n°02-40.273). Par exemple, dans le cas du refus de porter une blouse blanche au travail, la Cour de cassation a décidé que les juges du fond devaient rechercher si la restriction était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché et également vérifier si la restriction apportée par l'employeur à la liberté individuelle du salarié de se vêtir était légitime (Cass. soc. 18 févr. 1998, n°95-43.491). De l'autre côté, lorsque la restriction est justifiée par la nature des tâches à accomplir et proportionnée au but recherché, la restriction de la liberté vestimentaire du

nous pouvons citer l'accord du groupe Casino¹⁰⁰⁷ qui propose l'élaboration d'une Charte de lutte contre les discriminations liées à l'apparence physique. Il est possible de se demander si, à l'avenir, l'intérêt exprimé pour ce critère perdurera, notamment à la suite de la décision cadre de 2019 du Défenseur des droits¹⁰⁰⁸ qui révèle que ce critère discriminatoire est l'un des critères les plus fréquents de discrimination, peu contesté devant les tribunaux, souvent toléré et difficile à prouver. Le défenseur met en lumière certains aspects spécifiques de cette discrimination, tels que la grossophobie ou les restrictions injustifiées concernant les tenues vestimentaires, les coiffures ou encore les tatouages.

201. Un autre critère peu pris en compte par les partenaires sociaux est celui de l'orientation sexuelle et la discrimination anti-LGBT : pensons notamment aux différents accords Diversité du groupe BNP Paribas¹⁰⁰⁹ qui consacrent une partie entière aux actions entreprises « pour lutter contre toute forme de discrimination liée à l'orientation ou à l'identité sexuelle ou de genre », sachant que BNP Paribas est signataire de la Charte d'engagement LGBT (personnes lesbiennes, Gay, Bisexuelles ou Transgenres).

202. Nous pouvons toutefois nous interroger sur le manque d'intérêt à l'égard d'un aspect particulier qui touche directement les partenaires sociaux, l'appartenance syndicale. La référence à celle-ci est en principe limitée à une simple citation des critères discriminatoires. Cependant, ce critère revêt un double intérêt, que certains accords ont pu saisir : d'un côté, le droit antidiscriminatoire et la lutte contre la discrimination en raison de l'appartenance à un syndicat et, de l'autre, la question de la diversité au sein des organisations syndicales ou encore parmi les représentants du personnel eux-mêmes. L'accord Casino met plutôt l'accent sur la promotion du dialogue social et la lutte contre les discriminations à l'égard des représentants syndicaux et les représentants du personnel¹⁰¹⁰. L'accord Cofiroute de 2019¹⁰¹¹ prévoit quant à lui des dispositions spécifiques aux représentants du personnel dans le cadre de ses objectifs

salarié peut être justifiée. C'est le cas lorsque sa tenue est incompatible avec ses fonctions et conditions de travail (Cass. soc. 28 mai 2003, n°02-40.273).

¹⁰⁰⁷ Accord du groupe Casino sur la responsabilité sociale d'entreprise du 18 avr. 2014.

¹⁰⁰⁸ Défenseur des droits, décision cadre 2019-205 du 2 octobre 2019 relative aux discriminations fondées sur l'apparence physique. V. aussi Grégoire Loiseau, « Le libertarisme du Défenseur des droits », *BJT*, 2019, n°11, p. 12.

¹⁰⁰⁹ Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas du 30 mai 2016, Accord sur la Diversité et l'Inclusion au sein de BNP Paribas SA du 24 juillet 2020 et Accord d'entreprise sur la Diversité et l'Inclusion de BNP Paribas Cardif du 13 mars 2020.

¹⁰¹⁰ Accord du groupe Casino sur la responsabilité sociale d'entreprise du 18 avr. 2014.

¹⁰¹¹ Accord d'entreprise Cofiroute relatif à la qualité de vie au travail, à la promotion de l'égalité des chances et de la diversité, ainsi qu'à la prévention des risques de discrimination du 24 janvier 2019.

pour la rémunération effective et l'égalité salariale. L'accent est mis sur les salariés concernés par un congé de maternité ou d'adoption afin de garantir qu'ils bénéficieront « d'une évolution de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, au moins égale, sur l'ensemble de la durée de leur mandat, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable ou, à défaut de tels salariés, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues dans l'entreprise. » Toujours dans une optique de rémunération effective, nous trouvons des références aux salariés protégés dans l'accord du groupe UGECAM¹⁰¹² de 2018 qui vise à garantir que les salariés protégés ne subiront aucune discrimination en matière de rémunération effective en utilisant comme indicateur le nombre d'élus et de délégués syndicaux ayant obtenu des mesures individuelles et que « les dispositifs d'accès à la formation professionnelle doivent eux-mêmes être exempts de toute forme de discrimination, y compris à portée syndicale ». Parfois, cette thématique est traitée séparément de la question de la diversité : tel est le cas de l'accord Peugeot Citroën de 2015, qui mentionne dans le préambule que concernant le domaine du libre exercice du droit syndical, il y a eu des accords spécifiques conclus en la matière « afin d'apporter des garanties à l'évolution de carrière des mandatés, de prévenir les discriminations et d'améliorer le dialogue social par le maintien d'un lien étroit entre engagement syndical et activité professionnelle ». C'est également le cas de BNP Paribas, qui mentionne dans le préambule de son accord diversité que cette démarche s'inscrit dans la continuité d'autres accords conclus par le groupe, y compris un accord sur le dialogue social et les instances représentatives du personnel. Par conséquent, dans ces cas, ces éléments ne sont pas développés davantage dans l'accord diversité. Nous considérons que les partenaires sociaux pourraient saisir davantage l'opportunité de traiter dans le cadre des accords diversité la question de la diversité au sein des syndicats ou des instances représentatives du personnel.

203. **Conclusion.** En matière de diversité, il est clair qu'une multitude de thématiques entrent en considération. Pour certains auteurs, le sujet de l'égalité professionnelle doit être traité de façon complètement distincte ; pour d'autres, il fait partie de la même discussion. Les partenaires sociaux sont libres de définir la diversité comme ils le souhaitent et y inclure les domaines qui leur semblent les plus pertinents pour leur entreprise, groupe ou branche, ce qui

¹⁰¹² Accord relatif à l'égalité professionnelle, la promotion de la diversité et l'égalité des chances au sein de l'UGECAM Bretagne Pays de la Loire du 14 nov. 2018.

complique ou empêche la formulation d'une vision uniforme des composantes de la diversité. Il est également intéressant d'esquisser un parallèle avec les motifs discriminatoires, qui font office de fondement pour le choix des aspects de diversité mis en avant, sans toutefois procéder à une véritable analyse des aspects plus sensibles ; ceci conduit à la mise en place d'accords collectifs nommés « diversité » mais qui ne traitent que le cadre légal antidiscriminatoire.

Paragraphe 2. La multiplicité des aspects de diversité traités dans les accords collectifs : une potentielle réponse aux questions de discriminations multiples et d'intersectionnalité

204. Le caractère flou et non limitatif du concept de diversité ainsi que la marge de manœuvre des partenaires sociaux en la matière pourraient combler les lacunes juridiques existant actuellement quant aux sujets de discriminations multiples et d'intersectionnalité. Certaines situations dépassent le cadre légal reconnu pour lutter contre les discriminations. Dans ces cas, il est possible que le dialogue social sur les questions de diversité puisse contribuer à ce débat. Le concept de diversité permet d'analyser plusieurs critères discriminatoires sous un prisme différent, dépassant la simple lutte contre les discriminations et englobant les objectifs d'égalité de traitement et de chance. Les discriminations multiples et l'intersectionnalité sont des notions centrales dans ce débat ; pourtant, elles sont dépourvues de cadre légal spécifique, notamment en droit français. Il convient par conséquent d'examiner plus avant ces deux notions (A) ainsi que leur lien avec le concept de diversité afin de révéler comment les partenaires sociaux pourraient intégrer et développer davantage ces concepts dans le cadre des accords diversité (B).

A) Les concepts de discriminations multiples et d'intersectionnalité

205. Les concepts d'intersectionnalité et de discriminations multiples sont souvent liés à la diversité. Bien que ces différents termes expriment un lien avec ce qui est divers par essence, leurs concepts servent des objectifs bien distincts. La diversité vise à la valorisation des différences, tandis que la discrimination multiple et l'intersectionnalité se concentrent sur les effets discriminatoires spécifiques liés à l'existence combinée de plusieurs critères discriminatoires. Pour certains auteurs, les discriminations multiples englobent différentes formes de discrimination, y compris l'intersectionnalité et les discriminations dites

« additives »¹⁰¹³ ou « composées »¹⁰¹⁴, tandis que pour d'autres, l'intersectionnalité est un concept bien distinct¹⁰¹⁵. Il y a discrimination multiple « lorsqu'un individu subit une discrimination au travail pour deux motifs discriminatoires ou plus », tandis que « l'intersectionnalité suggère que les catégories (genre, race, religion, etc.) ne se superposent pas mais se chevauchent, créant ainsi des catégories d'identité sociale distinctes aux points d'intersection »¹⁰¹⁶. Le contraste entre ces deux notions peut donc conduire à des conclusions différentes sur les moyens les plus efficaces de lutter contre la discrimination.

206. **L'origine de la notion d'intersectionnalité.** L'intersectionnalité est un terme souvent lié à la diversité. Le terme « intersectionnalité » trouve son origine dans le mouvement des féministes noires aux États-Unis et au Royaume-Uni dans les années 1980-1990, mouvement qui a mis en exergue les rapports entre la race, le genre et la classe¹⁰¹⁷. Il a été repris par les milieux académiques et militants anglophones pour désigner « la complexe articulation des identités, des inégalités et des mobilisations multiples »¹⁰¹⁸. Un autre concept intéressant, rattaché à la notion d'intersectionnalité est le concept des « interlocking systems of oppressions » (systèmes d'oppressions entrecroisées) introduit dans les années 1990 par la sociologue américaine Patricia Collins¹⁰¹⁹. Il désigne l'entrecroisement entre les systèmes de domination tels que le racisme, le sexisme et le « classisme », auxquels s'ajoutent les autres critères discriminatoires, tels que l'âge et l'orientation sexuelle. Enfin, l'expression « discrimination intersectionnelle » désigne effectivement la discrimination qui résulte d'un

¹⁰¹³ La discrimination additive indique que la discrimination subie par certains groupes tels que les femmes issues d'une minorité ethnique, est un phénomène additif, c'est-à-dire un phénomène dont nous pouvons clairement distinguer les composantes correspondant à des caractéristiques prohibées de discrimination et leur rôle.

Lynn Roseberry, « Multiple discrimination », In *Age discrimination and diversity : Multiple discrimination from an age perspective*, Malcolm Sargeant (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 26.

¹⁰¹⁴ La discrimination composée (« compound discrimination » en anglais) désigne une situation où une personne est discriminée sur le fondement des différents critères à des moments et situations différents de sa vie. Ces critères peuvent à un moment donné se cumuler et à un autre constituer à eux seuls la source de la discrimination.

Lynn Roseberry, *op.cit.*, p. 26.

¹⁰¹⁵ Raphaële Xenidis, « Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law: Towards Redressing Complex Inequality? », In *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Uladzislau Belavusau and Kristin Henrard (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 41–74.

Pour Marie Mercat-Bruns, les discriminations multiples englobent différentes facettes : « il faudrait appréhender la discrimination multiple sous toutes ses formes : les discriminations fondées sur différents critères successivement dans le temps ; les discriminations combinées ou croisées qui assignent à la fois les salariés à certains postes subalternes et à certains salaires en raison des critères mobilisés (femmes, salariés âgés) ; les discriminations multiples qui produisent des préjugés nouveaux reflétant un profil (femmes seniors, femmes syndicalistes, syndicalistes seniors, distincts des préjugés liés à chaque critère). »

Marie Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672.

¹⁰¹⁶ Edmund Heery, Mike Noon (eds.), *A dictionary of Human Resource Management*, 3rd ed., Oxford University Press, 2017 (online version).

¹⁰¹⁷ Réjane Sénac, *L'invention de la diversité*, Paris, Puf, 2012, p. 17.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 18.

entrecroisement des critères discriminatoires qui apparaissent de manière simultanée et indissociable¹⁰²⁰.

La Professeure de droit américaine Kimberlé Crenshaw était la première à conférer une connotation juridique à la notion d'intersectionnalité. Sa théorie commence par une critique des politiques discriminatoires traditionnelles qui, selon elle, se focalisent sur les groupes les plus privilégiés, ce qui conduit à la marginalisation des personnes affectées par plusieurs critères : par exemple, dans les cas de discrimination fondée sur le genre, on s'intéresse principalement à la situation des femmes blanches en laissant de côté les discriminations souvent plus graves subies par les femmes noires¹⁰²¹. La Professeure Crenshaw s'est en effet focalisée sur le cas des femmes de couleur et la discrimination intersectionnelle qu'elles subissent en raison de leur genre et de leur race. Elle distingue trois types d'intersectionnalité¹⁰²² : l'intersectionnalité structurelle, l'intersectionnalité politique et l'intersectionnalité représentative. Concernant l'intersectionnalité structurelle, Crenshaw a examiné les femmes victimes de violences et a conclu au fait que les systèmes de race, de genre et de classe sociale convergent. La subordination intersectionnelle est conçue comme la conséquence de l'imposition d'une charge qui interagit avec des vulnérabilités préexistantes, en créant encore une autre forme de perte d'autonomie¹⁰²³. Une intervention fondée sur un seul critère ne peut pas produire d'effets : il faut prendre en considération tous les facteurs qui interviennent. L'intersectionnalité politique se réfère au fait que la question de la race et la question du genre constituent deux agendas politiques distincts et certaines fois même opposées. Les stratégies antiracistes, du point de vue des hommes de couleur, ou les stratégies féministes, du point de vue des femmes blanches, ne sont pas suffisantes pour couvrir l'expérience de femmes noires. Le déni des mouvements antiracistes et féministes, qui refusent de prendre en considération l'intersectionnalité du

¹⁰²⁰ Marie-Thérèse Lanquetin, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1 (N° 21), p. 103.

¹⁰²¹ Kimberlé Crenshaw se fonde sur une série d'arrêts américains (*DeGraffenreid v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIV.*, ETC., 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976), *Moore v. Hughes Helicopters Inc.*, 708 F.2d 475 (1982), *Payne v. Travenol Laboratories, Inc.*, 416 F. Supp. 248 (N.D. Miss. 1976)) où les plaintes des femmes noires pour discrimination sur le sexe et/ou sur la race n'ont pas abouti, soit parce que l'employeur embauchait ou ne discriminait pas de femmes blanches ou d'hommes noirs, soit parce que la situation des femmes noires n'était pas considérée comme représentative de la situation de toutes les femmes ou de toutes les personnes de couleur dans l'entreprise. Puisque l'expérience des femmes noires est « hybride », il est plus compliqué de retenir la qualification de discrimination directe fondée sur le sexe ou sur la race.

Kimberlé Crenshaw, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 140 et s.

¹⁰²² Kimberlé Crenshaw, « Mapping the margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, Vol.43, N°6, juillet 1991, pp. 1241-1299.

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 1249.

problème les empêche probablement de véritablement résoudre le problème¹⁰²⁴. Enfin, l'intersectionnalité représentative se réfère à la représentation d'une certaine catégorie de la population, en l'occurrence les femmes de couleur. L'intersectionnalité représentative se produit au niveau sociétal et culturel en créant une image particulière et dégradante qui combine intrinsèquement plusieurs critères discriminatoires¹⁰²⁵.

207. En France, le terme « intersectionnalité » a fait l'objet de nombreux débats. Une critique majeure consiste dans le fait que ce terme se réfère aux notions de race et de classe telles qu'elles ont été construites et conçues dans le contexte social américain, ce qui les rend inadaptées au système juridique français. Les termes et expressions alternatifs préférés sont « discriminations croisées ou multiples », « consubstantialité » ou « articulation des rapports sociaux »¹⁰²⁶ mais il existe aussi l'expression « discriminations systémiques »¹⁰²⁷. La discrimination systémique se définit comme « une accumulation de discriminations directes et indirectes qui résultent d'un système qui, en fonctionnant produit lui-même de la discrimination envers un groupe »¹⁰²⁸. Cette expression a été mise en avant par le Défenseur des droits dans une décision de 2019 relative à la situation de vingt-cinq travailleurs du secteur du BTP en situation irrégulière et s'estimant victimes de traitements discriminatoires en raison de leur

¹⁰²⁴ Kimberlé Crenshaw, « Mapping the margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *op.cit.*, p. 1252.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 1282-1283.

¹⁰²⁶ Réjane Sénac, *op.cit.*, p. 19.

¹⁰²⁷ Cette notion se rapproche de celle de discrimination indirecte mais insiste davantage sur les raisons des inégalités. Il s'agit de « une discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre. Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : les stéréotypes et préjugés sociaux ; la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories ; la sous-évaluation de certains emplois ; la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. A fortiori, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories. »

Laurence Pécaut-Rivolier, *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise : Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport public, 17 déc. 2013, pp. 27-28.

Selon Marie Mercat-Bruns, la prise de conscience du caractère systémique des discriminations va permettre aux juristes de détecter et de prouver l'existence des discriminations multiples. En effet, Marie Mercat-Bruns révèle que dans certains cas, la Cour de cassation a recouru à une analyse systémique des discriminations, lorsque le régime de discrimination directe et indirecte était inadéquat pour affronter les situations de discriminations multiples ou intersectionnelles : Soc. 10 avril 2013, n°11-26986, Soc. 3 nov. 2011, n°10-20765, Crim 13 déc. 2016, n°15-8260.

Marie Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », *op.cit.*, p. 672 et Marie Mercat-Bruns, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, §30, §50.

¹⁰²⁸ Emmanuelle Bousard Verrecchia, « La discrimination systémique ligne émergente dans le contentieux en France », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie-Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 37.

origine et de leur nationalité¹⁰²⁹. Le défenseur des droits définit ce type de discrimination comme « relevant d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donnent lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie et une autre. Ce concept de discrimination systémique amène à réfléchir autrement les discriminations, au-delà de la somme des situations individuelles, pour analyser comment un groupe entier peut être particulièrement défavorisé par rapport à un autre ». Le juge prud'homal a pris en compte les observations du Défenseur pour cette affaire et a reconnu dans sa décision du 17 décembre 2019 l'existence d'une « discrimination raciale systémique ». Cette décision est d'une importance particulière puisqu'elle permet d'inclure dans la prise en compte des discriminations les phénomènes sociaux plus larges qui se trouvent à la racine des discriminations systémiques¹⁰³⁰. La reconnaissance juridique de la discrimination systémique permettra de résoudre une série de situations discriminatoires complexes qui dépassent les problématiques de discrimination directe et indirecte, telles que les discriminations algorithmiques¹⁰³¹.

Dans une autre décision de 2019 portant sur le critère discriminatoire d'apparence physique¹⁰³², le Défenseur des droits met l'accent sur la dimension intersectionnelle et consubstantielle de ce critère « qui surplombe tous les autres » et notamment les critères du sexe, de l'âge, de l'origine, de la religion, de l'identité de genre, du handicap ou de la particulière vulnérabilité économique. En effet, il s'agit d'un critère qui exprime parfaitement l'idée de l'intersectionnalité et qui est rarement réduit à lui-même. Par exemple, des restrictions injustifiées concernant la coiffure d'une salariée n'obéissant pas aux normes euro-centrées peuvent caractériser une discrimination fondée en même temps sur les critères de l'apparence physique, du genre et de l'origine ethnique. Le Défenseur des droits a également abordé l'éventualité d'une consécration de la discrimination systémique à travers l'émergence concomitante de l'action du groupe¹⁰³³. Dans son avis du 5 février 2020, il explique pourquoi cet enjeu est majeur : la qualification juridique du concept va permettre au droit d'être « un levier pour la reconnaissance de la réalité

¹⁰²⁹ Défenseur des droits, Décision 2019-108 du 19 avril 2019.

¹⁰³⁰ Cons. prud'h. Paris, 17 déc. 2019, n°17/100051, Cyril Wolmark, « Discrimination systémique : de nouvelles perspectives à la lutte contre les discriminations », *SSL*, n°1893, n°1893, 3 février 2020, Marie Peyronnet, « Discrimination syndicale dans le BTP : une notion nouvelle aux effets limités », *D. act.*, 8 janvier 2020.

¹⁰³¹ Jérôme Porta, « Algorithme et risques discriminatoires », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie-Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 73.

¹⁰³² Défenseur des droits, décision cadre 2019-205 du 2 octobre 2019 relative aux discriminations fondées sur l'apparence physique.

¹⁰³³ Action mise en place par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle JORF n°0269 du 19 novembre 2016. V. ch.8.

dynamique des discriminations, caractériser la complexité de leur cumul dans une dimension sociologique pouvant être repérée grâce aux outils diagnostiques du droit »¹⁰³⁴. Pour le Défenseur, ce concept permet de reconnaître que les discriminations peuvent se combiner, interagir et prendre à la fois la forme de discriminations directes et indirectes envers un groupe stigmatisé¹⁰³⁵.

208. **Le cadre juridique européen.** L'intersectionnalité fait souvent écho à la notion de discriminations multiples, reconnue en droit de l'Union européenne. D'après cette notion, une personne peut être victime d'une double ou même triple discrimination, la combinaison la plus fréquente étant celle du genre et de la race¹⁰³⁶. Le concept des discriminations multiples européen est perçu de manière davantage quantitative que qualitative : l'accent est mis plutôt sur l'addition de plusieurs critères discriminatoires que sur l'analyse de la discrimination particulière subie par certains groupes¹⁰³⁷. Ainsi, dans le cadre juridique français et européen actuel, à la différence de l'approche intersectionnelle, en présence de discriminations multiples, l'on recherche souvent le « motif déterminant » afin de déterminer le critère sur lequel l'argumentation juridique va se fonder¹⁰³⁸.

209. Au niveau de l'UE, les discriminations multiples sont reconnues mais ne sont pas accompagnées d'un cadre juridique contraignant comme celui des discriminations simples. Dans les directives 2000, les préambules font parfois référence aux discriminations multiples, qui soulignent l'importance que ce phénomène présente, notamment pour les femmes¹⁰³⁹. Nous

¹⁰³⁴ Avis 20-01 du Défenseur des droits du 5 février 2020 relatif au bilan et aux perspectives des actions de groupe, p. 3.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ Annie Cornet, « Le genre et la diversité : les enjeux de l'intersectionnalité et de la transversalité », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 49.

¹⁰³⁷ Marie Mercat-Bruns, « Multiple discrimination and intersectionality: issues of equality and liberty », *International Social Science Journal*, Volume 67, Issue 223-224, 5 septembre 2018, p. 48.

¹⁰³⁸ Marie-Thérèse Lanquetin, « Discrimination- Construction du droit de la non-discrimination », In *Rép. trav.*, Janvier 2010 (actualisation : avril 2019), §80 et s.

Toutefois, le juge peut retenir plusieurs critères, sans se référer expressément à une discrimination multiple : c'est le cas d'un arrêt de la Cour de cass. de 2012, où l'apparence physique et le sexe sont tous deux évoqués par la Cour de cassation dans le cas d'un salarié de genre masculin qui a porté des boucles d'oreilles au travail. Le juge mentionne les deux critères mais emploie une formule renvoyant à un seul motif : « l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe ». Soc. 11 janv. 2012, n°10-28.213, Bull. civ. V, n°12 ; *Dr. soc.* 2012. 346.

¹⁰³⁹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, considérant 3, et Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, considérant 14 : « la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples. »

pouvons également distinguer les communications de la Commission européenne, qui reconnaît l'existence des discriminations multiples et exprime son intention d'agir : ainsi, dans une communication de 2005¹⁰⁴⁰, la Commission admet qu' « il peut être judicieux d'envisager l'élaboration d'une méthode intégrée de promotion de la non-discrimination et de l'égalité des sexes, une méthode qui tiendrait compte du fait que certains peuvent subir des discriminations multiples fondées sur divers critères » et que « l'intégration de la dimension de genre et la conception d'une approche intégrée devraient contribuer à accorder la priorité aux situations de discrimination multiple, de même qu'aux avantages d'une promotion de l'égalité des chances pour tous ». Dans une communication de 2008, la Commission envisage d'aller plus loin et exprime son intention « de recourir à ces nouveaux mécanismes de gouvernance pour s'attaquer au problème de la discrimination multiple en s'appuyant sur les pratiques établies dans certains États membres prévoyant une procédure juridique unique qui permet aux victimes de telles discriminations de déposer des plaintes et en considérant les éléments prouvant que la discrimination était fondée sur plus d'un motif comme une circonstance aggravante. La Commission sensibilisera l'opinion à la discrimination multiple en finançant des actions et en octroyant des fonds aux petits réseaux d'ONG représentant les groupes intersectoriels »¹⁰⁴¹. Le Parlement européen met également l'accent sur la nécessité d'agir davantage en matière de discrimination multiple.

Ajoutons que des propositions visent à adjoindre aux directives 2000 des dispositions concrètes sur les discriminations multiples. En 2008, dans le cadre d'une Proposition de directive du Conseil¹⁰⁴², la Commission souligne dans l'exposé des motifs que « il a été relevé que, contrairement aux deux autres directives, la directive 2000/78/CE n'oblige pas les États membres à mettre en place des organismes chargés des questions d'égalité. La nécessité de lutter contre la discrimination multiple, par exemple en la définissant en tant que discrimination et en garantissant des voies de recours efficaces, a également été soulignée. Ces questions dépassent le cadre de la présente directive, mais rien n'empêche les États membres de prendre

¹⁰⁴⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Stratégie-cadre pour la non-discrimination et l'égalité des chances pour tous {SEC(2005) 689} /* COM/2005/0224 final */ , Bruxelles, le 1^{er} juin 2005.

¹⁰⁴¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Non-discrimination et égalité des chances : un engagement renouvelé », {SEC(2008) 2172} /* COM/2008/0420 final */ , Bruxelles, 2 juillet 2008.

¹⁰⁴² Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181} /* COM/2008/0426 final - CNS 2008/0140 */.

des mesures dans ces domaines ». L'avis du Parlement¹⁰⁴³ sur cette proposition entendait mettre davantage l'accent sur les discriminations multiples avec une définition et un cadre juridique déterminés :

« La présente directive instaure un cadre pour lutter contre la discrimination, y compris la discrimination multiple, fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement dans d'autres domaines que l'emploi et le travail.

2. Il y a discrimination multiple lorsque la discrimination est basée:

a) sur une combinaison quelconque des motifs suivants: la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle; ou

b) sur un ou plusieurs des motifs visés au paragraphe 1, ainsi que sur un ou plusieurs des motifs suivants:

i) le sexe (dans la mesure où l'objet de la plainte entre dans le champ d'application matériel de la directive 2004/113/CE et dans celui de la présente directive);

ii) l'origine raciale ou ethnique (dans la mesure où l'objet de la plainte entre dans le champ d'application matériel de la directive 2000/43/CE et dans celui de la présente directive); ou

iii) la nationalité (dans la mesure où l'objet de la plainte entre dans le champ d'application de l'article 12 du traité CE).

3. Aux fins de la présente directive, les notions de discrimination multiple et de motifs multiples sont interprétées de manière cohérente. » Le considérant 21 va encore plus loin, en invitant les États à procéder à des actions positives en faveur des personnes « ayant une religion ou des convictions particulières, un handicap, un certain âge, ou une orientation sexuelle particulière ou présentant une combinaison des particularités afférentes aux facteurs précités, ainsi que les personnes qui leur sont liées ».

Cette proposition n'a pas toutefois été retenue.

En 2015, le Parlement européen, dans sa proposition de résolution concernant l'application de la directive 2000/78¹⁰⁴⁴, s'intéresse à nouveau aux discriminations multiples et « se dit préoccupé par le manque de clarté et de sécurité juridiques concernant la discrimination

¹⁰⁴³ Résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009 sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), 2010/C 137 E/22.

¹⁰⁴⁴ Proposition de résolution du parlement européen concernant l'application de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive sur l'égalité en matière d'emploi), (2015/2116(INI)), §70 et §71.

multiple, qui résulte souvent de la diversité et de la fragmentation des règles et des normes applicables dans les États membres; salue le travail considérable accompli par Equinet qui contribue à mettre au point des normes communes et estime qu'un soutien adéquat devrait être prévu à cette fin ». Il déplore le fait que la directive « ne comporte aucune disposition spécifique concernant les discriminations multiples » et « demande aux États membres et à la Commission de lutter contre toutes les formes de discrimination et de garantir l'application du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement sur le marché du travail et dans l'accès à l'emploi ». Enfin, dans une résolution de 2019 relative à l'intégration des Roms¹⁰⁴⁵, le Parlement européen invite la Commission « à veiller à ce que le cadre stratégique de l'UE tienne dûment compte de la discrimination multiple et intersectionnelle, intègre la dimension de genre et adopte une approche qui tienne compte des enfants », ainsi que les États à intégrer cet aspect dans leurs stratégies.

210. Quant à la jurisprudence de la CJUE, certains arrêts font apparaître plusieurs motifs de discrimination¹⁰⁴⁶ sans toutefois véritablement faire progresser le débat, à l'exception de la consécration de la discrimination par association¹⁰⁴⁷. Toutefois, comme nous pouvons le constater dans un arrêt de 2016, la Cour semble confinée dans le cadre juridique existant : « à cet égard, si, certes, une discrimination peut être fondée sur plusieurs des motifs visés à l'article 1er de la directive 2000/78, il n'existe, toutefois, aucune nouvelle catégorie de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs de ces motifs tels que l'orientation sexuelle et l'âge,

¹⁰⁴⁵ Résolution du Parlement européen sur la nécessité de renforcer le cadre stratégique de l'UE pour les stratégies nationales d'intégration des Roms après 2020 et d'intensifier la lutte contre l'antitsiganisme (2019/2509(RSP)), du 2 février 2019.

¹⁰⁴⁶ CJUE, gr. ch., 19 janv. 2010, *Seda Küçükdeveci v Swedex*, aff. C-555/07, ECR I-365 : motifs d'âge et d'origine ethnique, CJUE, 2^{ème} ch., 6 déc. 2012, *Johann Odar v Baxter*, aff. C-152/11, ECR I-0000 : motifs d'âge et de handicap, CJUE, 4^{ème} ch., 20 oct. 2011, *Waltraud Brachner v Pensionsversicherungsanstalt*, aff. C-123/10, ECR I-000 : motifs d'âge et de sexe.

¹⁰⁴⁷ CJCE, 17 juill. 2008, *Coleman c/ Attridge Law*, aff. C-303/06: Rec. CJCE 2008, I, p. 5603 ; JCP S 2008, 1549 ; AJDA 2008, p. 2330 ; V. Mélanie Schmitt, « La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire », *RDT*, 2009, p. 41 : L'arrêt *Coleman* a consacré pour la première fois la prohibition de la discrimination par association : il s'agit d'une discrimination directe qu'une personne subit de la part de son employeur « par ricochet » en raison de son lien avec une personne handicapée. Bien qu'il ne s'agisse pas expressément d'une discrimination multiple, il s'agit bien d'une discrimination fondée sur le handicap qui se manifeste en raison du statut de mère célibataire de la salariée, l'employeur ayant accordé des horaires flexibles à d'autres salariés dont les enfants ne sont pas handicapés.

CJUE, 16 juill. 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, aff. C-83/14 ; V. Hélène Pauliat, « Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°1, 11 Janvier 2016, p. 2005 : La discrimination par association peut être reconnue également lorsque la discrimination subie est indirecte. En l'espèce la pratique discriminatoire touche une personne qui n'appartient pas à la minorité ethnique de Roms mais vit dans un quartier principalement habité par des Roms. La discrimination directe ne peut pas être fondée mais la CJUE reconnaît la possibilité d'une discrimination par association indirecte.

dont la constatation puisse être effectuée, lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément considérés, n'a pas été établie »¹⁰⁴⁸. Le rapport de la Commission européenne du 19 mars 2021 sur l'application des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE met en avant l'importance pour la CJUE de traiter explicitement non seulement la discrimination par association, mais également la question de la « discrimination par perception » ou « par présomption », c'est-à-dire la discrimination qui résulte de la croyance erronée ou de la perception erronée qu'une personne possède l'une des caractéristiques protégées¹⁰⁴⁹.

211. Distinction entre l'intersectionnalité et les discriminations multiples. En revanche, il ne faut pas confondre l'approche intersectionnelle avec la simple reconnaissance de la multiplicité des systèmes d'oppression. L'intersectionnalité va au-delà de cette simple reconnaissance en suivant une approche intégrée des différents paramètres, dans un effort de comprendre comment ces paramètres interagissent et résultent à la production et reproduction des inégalités¹⁰⁵⁰. En 2001, les Nations Unies ont mis l'accent sur cette spécificité de l'intersectionnalité en opérant une distinction entre l'approche intersectionnelle et les discriminations multiples : l'intersectionnalité est une forme de racisme particulière qui ne s'explique pas par l'addition de la race avec d'autres critères discriminatoires ; elle se traduit désormais par une expérience particulière et distincte de discrimination cristallisée en une personne ou en un groupe¹⁰⁵¹.

L'intersectionnalité opte pour une approche multidimensionnelle et prend en compte l'ensemble des différentes caractéristiques d'un individu, au lieu de les étudier de manière séparée, additionnelle ou concurrentielle. Elle dénonce « une approche analytique indépendante de chaque dimension de la diversité qui débouche sur une approche additionnelle des groupes

¹⁰⁴⁸ CJUE, 24 nov. 2016, *David L Parris v Trinity College Dublin and Others*, aff. C-443/15, §80 : était en cause le régime de prévoyance irlandais qui subordonnait la possibilité pour l'affilié de souscrire son époux ou partenaire à une condition d'âge. Le partenariat entre personnes du même sexe ayant été reconnu tardivement en Irlande, les intéressés ne pouvaient plus bénéficier de cette prestation, la limite d'âge ayant été dépassée. Dans ce cas, la discrimination directe ne peut être retenue sur aucun des deux motifs, ni celui de l'âge ni celui de l'orientation sexuelle.

Outre le cadre juridique, qui n'est pas très développé en la matière, la réticence de la CJUE de reconnaître la discrimination croisée ou intersectionnelle est également expliquée par le besoin de respecter la souveraineté des États membres en matière d'état civil, comme l'explique le Professeur Nicolas Moizard. Nicolas Moizard, « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, p. 267.

¹⁰⁴⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité raciale) et de la directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi (directive sur l'égalité en matière d'emploi, COM(2021) 131 final ; 19 mars 2021.

¹⁰⁵⁰ Réjane Sénac, *op.cit.*, p. 17.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 21.

cibles, que l'on pourrait aussi appeler approche par juxtaposition »¹⁰⁵². Cette approche permet également de détecter les inégalités sur le lieu de travail. L'intersectionnalité peut être conçue de manière statique ou « constructiviste »¹⁰⁵³. La vision statique induit une étude de la combinaison de différentes caractéristiques afin de déterminer leurs effets sur le recrutement, la trajectoire professionnelle et les rémunérations. La vision constructiviste emprunte une voie plus fluide et dynamique ; elle prend en compte la combinaison de caractéristiques différentes, tout en la plaçant dans le contexte historique, culturel et social de chaque cas. L'intersectionnalité peut permettre un meilleur diagnostic des inégalités et des discriminations sur le lieu de travail et une mise en place plus efficace de la diversité. La prise en compte de l'intersectionnalité dans les politiques de gestion de la diversité n'est en revanche pas aisée en raison de la complexité de la matière et de l'absence d'outils méthodologiques propices pour mener ce travail. L'intersectionnalité nécessite un accès à des outils quantitatifs et qualitatifs permettant de mesurer les différentes caractéristiques et les effets de leur combinaison et d'opérer des comparaisons entre les différents groupes concernés¹⁰⁵⁴. Toutefois, l'intégration de la thématique dans les accords diversité pourrait conduire à une meilleure compréhension ou encore au développement de cette notion en France et en Europe.

B) La potentielle contribution des accords collectifs de diversité au développement du débat sur l'intersectionnalité et les discriminations multiples

212. Le débat autour des discriminations multiples et de l'intersectionnalité, tout comme le débat sur la diversité, illustre les limites du droit antidiscriminatoire actuel et nous invite à faire progresser ce domaine juridique particulier. Comme l'explique Marie Mercat Bruns, « à travers le prisme des discriminations multiples, les limites du droit de la non-discrimination sont rendues plus visibles et peuvent révéler la fonction « transformative » de ce droit. Pour être mieux comprise, la réflexion doit porter sur la forte occurrence des discriminations systémiques qui révèlent les discriminations multiples. Elles illustrent, mieux que les discriminations à critère unique, la dimension structurelle de toute discrimination qui n'est pas dénoncée ni appréhendée, de façon satisfaisante, par le système juridique¹⁰⁵⁵ ». L'intersectionnalité apparaît ainsi comme une notion émergente qui concerne les situations de discrimination complexes,

¹⁰⁵² Annie Cornet, « Le genre et la diversité : les enjeux de l'intersectionnalité et de la transversalité », *op.cit.*, p. 48.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 49.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, pp. 57-58.

¹⁰⁵⁵ Marie Mercat-Bruns, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 28. V. aussi Marie-Mercat-Bruns, « Discrimination intersectionnelle : une notion émergente en droit du travail ? », *BJT*, n°04, avril 2021, p. 52.

pour lesquelles la discrimination directe et indirecte ou la simple multiplication des critères discriminatoires par le législateur ne sont pas suffisantes.

Le lien entre la diversité et l'intersectionnalité a déjà été mis en lumière par les adeptes de la diversité en France : dans un guide de 2014, l'AFMD et l'ORSE s'intéressent au dialogue social sur la diversité et regrettent le fait que l'aspect intersectionnel ne soit pas davantage présent dans les accords. Ils se fondent sur des études démontrant que le cumul des critères discriminatoires produit des effets discriminatoires spécifiques et considèrent que les accords diversité pourraient combiner les différentes dimensions de la diversité dans l'objectif d'affronter davantage le phénomène d'intersectionnalité¹⁰⁵⁶.

Le même sentiment est exprimé par l'étude de la DARES, qui constate que les accords diversité adoptent une approche isolée des différentes composantes sans trop s'intéresser aux situations du cumul des critères : la DARES critique le fait que les accords diversité « découpent l'identité des individus par dimension, dimension qui ne correspond qu'à une partie de leur identité » mais considère que, bien que la discussion sur l'identité des individus dépasse le cadre de la diversité, elle « doit être menée conjointement à celle sur la diversité »¹⁰⁵⁷. Les résultats modestes en la matière peuvent conduire au constat que la promotion de la diversité peut ne pas être la démarche la plus adaptée en vue de l'intégration de ces notions dans le droit antidiscriminatoire¹⁰⁵⁸. Toutefois, nous rejoignons l'avis de la DARES dans le sens où il ne nous semble pas possible d'exclure la diversité de cette discussion.

213. Les accords diversité demeurent un terrain très propice pour lancer le débat de l'intersectionnalité au sein des entreprises. Les partenaires sociaux sont déjà appelés à négocier sur différents critères protégés dans une optique de lutte contre les discriminations et en faveur de l'égalité de traitement. Examiner le lien entre les différents critères et les effets spécifiques que ce lien produit peut constituer la prochaine étape dans cette démarche. La possibilité d'une analyse intersectionnelle rend encore plus impérieuse l'inclusion de plusieurs critères dans les accords diversité : considérer par exemple que la question de l'égalité professionnelle est une

¹⁰⁵⁶ Annie Cornet (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, Nantes, AFMD-Audencia-HEC Liège-Orse, 2014, p. 77.

¹⁰⁵⁷ Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 47.

¹⁰⁵⁸ Marie Mercat-Bruns, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *op.cit.*, p. 28.

question différente de celle de la diversité conduirait à exclure du débat des situations complexes telles que la situation de la femme voilée ou celle de la femme d'origine étrangère, etc. L'évolution juridictionnelle en la matière est lente mais décisive et pourrait également contribuer à une prise en considération plus importante de l'intersectionnalité et de la discrimination systémique de la part des partenaires sociaux mais également du législateur : nous pouvons nous référer encore à la décision du Conseil de Prud'hommes du 17 décembre 2019 (donnant suite à la décision du Défenseur des droits citée ci-dessus¹⁰⁵⁹) reconnaissant expressément l'existence d'une « *discrimination raciale et systémique* » dans une entreprise du secteur BTP¹⁰⁶⁰. Enfin, pour l'ancien Défenseur des droits, Monsieur Jacques Toubon, l'appréciation intersectionnelle est nécessaire pour éviter que la notion de diversité puisse participer à occulter la lutte contre les discriminations et les interdits légaux qui l'accompagnent, alors même que la diversité ne constitue pas un gage d'absence de discriminations. Pour expliciter plus précisément le danger d'une mise en place défectueuse de la diversité, il donne l'exemple suivant : « Il y a toutes les couleurs dans United colors of Benetton mais qui dit qu'on traite également toutes les couleurs ? Rien ne le garantit. »¹⁰⁶¹

214. Bien que les exemples ne soient pas nombreux, nous pouvons distinguer certains accords tentant une telle approche avec des références aux notions de discriminations multiples ou systémiques¹⁰⁶². Parfois, il n'existe aucune référence à ces notions, mais les thématiques traitées relèvent clairement d'une approche intersectionnelle. Un exemple de ce type concerne « les jeunes issus des quartiers défavorisés » ou « des milieux défavorisés » ou « des ZUS » ou encore « issus de la diversité ». Un nombre d'accords diversité prévoient des mesures favorisant les jeunes issus des quartiers défavorisés : dans ce cas, il y a deux critères discriminatoires distincts qui forment une catégorie particulière, dont les difficultés à trouver un emploi ne

¹⁰⁵⁹ Défenseur des droits, Décision 2019-108, *op.cit.*

¹⁰⁶⁰ En l'espèce, il y a eu un cloisonnement des travailleurs maliens aux tâches les plus difficiles et dangereuses, sans possibilité d'évolution professionnelle ou de changement de poste, en raison de leur origine et de la précarité de leur situation administrative (les salariés ne disposaient pas de titre de séjour, ce qui les plaçait dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de l'employeur). La qualification de la discrimination comme directe ou indirecte ne semble pas suffisante pour décrire cette situation, que le Conseil de prud'hommes reconnaît comme « discrimination systémique », Cons. prud'h. Paris, 17 déc. 2019, n°17/100051. V. aussi Marie Peyronnet, « Discrimination systémique dans le BTP : une notion nouvelle aux effets limités », *D. act.*, 8 janv. 2020 ; Nathalie Ferré, « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique, À propos du jugement rendu par le conseil de prud'hommes le 17 décembre 2019 », *RDT*, 2020, p. 178.

¹⁰⁶¹ Jacques Toubon, « 10 ans du Label Diversité », Intervention dans le cadre de la rencontre pour les 10 ans du Label Diversité organisée par la DGEFP, la DGAFP et AFNOR certifications, 21 oct. 2019, <https://www.dailymotion.com/video/x7p2olu>.

¹⁰⁶² Accord cadre relatif à la discrimination, à la promotion des diversités et au management interculturel au sein du groupe ARTELIA du 23 octobre 2019.

reposent pas sur un critère ou l'autre mais bien sur la combinaison de deux d'entre eux : le premier étant l'âge et le deuxième étant la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique ou encore du lieu de résidence. Un autre exemple est celui de l'accord intergénérationnel d'Orange¹⁰⁶³ qui, comme le titre le dévoile, s'intéresse au critère de l'âge. Toutefois, cet accord dédie un chapitre entier à l'égalité professionnelle et combine les deux critères, en prévoyant par exemple des actions visant à combattre les stéréotypes sexués sur les métiers chez les jeunes à travers des actions du groupe en lien avec les établissements scolaires ou en prenant des mesures susceptibles de favoriser des déroulements de carrière équivalents entre femmes et hommes.

Cette thématique appartient bel et bien à la démarche diversité d'une entreprise et ne pourrait pas être confondue avec les thématiques de non-discrimination ou d'égalité professionnelle. Un autre exemple est celui des accords diversité qui mettent l'accent sur l'égalité professionnelle et qui, dans leur analyse, prennent en compte la situation de la femme salariée détentrice d'un mandat syndical ou représentatif, ou encore la situation de famille¹⁰⁶⁴. Par conséquent, les partenaires sociaux ont déjà négocié dans une optique intersectionnelle, ce qui démontre qu'à travers la négociation et la conclusion des accords diversité, ils ont la capacité de contribuer au débat sur l'intersectionnalité et les discriminations multiples ; il suffit qu'ils le choisissent.

Le choix des aspects de la diversité à inclure dans un accord diversité détermine une partie de son contenu. Toutefois, ce qui compte davantage est le choix des mesures convenues pour améliorer la diversité sur ces aspects.

Section 2. Des mesures favorisant la promotion de la diversité

215. A la suite de la sélection des aspects de la diversité à aborder, les partenaires sociaux sont appelés à négocier sur les mesures les plus adaptées pour mettre en œuvre la diversité. Bien qu'ils disposent d'une liberté considérable, certaines options sont bien encadrées par le législateur. Tel est notamment le cas pour les actions positives, une mesure intrinsèquement

¹⁰⁶³ Accord intergénérationnel 2019-2021 du groupe Orange du 12 déc. 2018. En effet, même si l'accord s'intitule « intergénérationnel », il s'agit bien d'un accord diversité qui aborde, outre l'âge, les autres thématiques courantes dans les accords diversité : l'égalité professionnelle, l'équilibre vie professionnelle-vie privée et le handicap. Les partenaires sociaux se réfèrent plusieurs fois dans l'accord à la politique diversité du Groupe et l'accord s'inscrit clairement dans cette démarche.

¹⁰⁶⁴ Accord relatif à l'égalité professionnelle, la promotion de la diversité et l'égalité des chances au sein de l'UGECAM Bretagne Pays de la Loire du 14 nov. 2018.

liée à l'amélioration de la diversité en entreprise¹⁰⁶⁵ qui, toutefois, suscite des réactions et n'est pas toujours bien perçue dans le cadre légal français (paragraphe 1). À côté de cette mesure controversée, les partenaires sociaux optent souvent pour des mesures plus traditionnelles, touchant à différents aspects de l'emploi dans un esprit de transparence et de lutte contre les discriminations (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Des mesures controversées pour la promotion de la diversité : la question de l'action positive

216. « Instaurer des inégalités pour restaurer l'égalité »¹⁰⁶⁶ : parmi les mesures proposées dans le cadre du dialogue social en matière de diversité, les actions positives suscitent le débat le plus vif. Elles font partie d'un changement de direction de l'obligation de ne pas faire (ne pas discriminer) vers une obligation de faire (agir pour instaurer l'égalité)¹⁰⁶⁷. Il faut un juste équilibre entre l'effort destiné à assurer une meilleure égalité de traitement et des chances d'un côté et opérer des discriminations directes ou indirectes de l'autre. Nous avons déjà examiné les actions positives, sous le prisme de leur homologue américain, l'*affirmative action*. Le cadre juridique autour de l'*affirmative action* a permis de construire la notion de diversité américaine et a inspiré les autres modèles juridiques en la matière. Cette notion a été traduite en français par l'expression « discrimination positive ». La conformité de cette traduction a été mise en cause par plusieurs auteurs et il est nécessaire d'opérer une distinction sémantique entre ce que l'on nomme la « discrimination positive » en France et la notion « d'action positive » issue de l'UE, ainsi que leur corrélation avec la notion américaine d'*affirmative action*. Les actions positives européennes ne suivent pas le même régime mais constituent une mesure qui a suscité

¹⁰⁶⁵ La Commission européenne a précisé que les mesures d'action positive sont conçues pour atteindre certains objectifs, y compris celui de « remédier à la sous-représentation et promouvoir la diversité de participation de tous les groupes dans la vie sociale, économique, culturelle et politique ».

Commission européenne, *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive, Étude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux États-Unis et en Afrique du Sud*, 2009, p. 27.

¹⁰⁶⁶ Jeannette Bougrab, *Les discriminations positives : coup de pouce à l'égalité ?*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1.

¹⁰⁶⁷ L'exemple du droit britannique est caractéristique en la matière. L'adoption du *Equality Act* en 2010 a marqué ce passage de l'obligation de ne pas discriminer, harceler ou victimiser à l'obligation d'agir positivement dans un objectif de faire progresser l'égalité des chances. Ainsi est développé un droit pour l'égalité, qui comprend le droit antidiscriminatoire mais ne se limite pas à celui-ci, puisqu'il va plus loin : « *The shift of focus from negative duties not to discriminate, harass, or victimise, to positive duties to advance equality, justify the reinvention of this branch of the law as equality law, of which discrimination law is an essential but not exclusive part.* »

Dans ce contexte, le *Equality Act* reconnaît que la diversité peut jouer un rôle d'unification : « *the EHRC is to encourage and support the development of a society in which there is mutual respect between groups based on understanding and valuing of diversity and on shared respect of equality and Human Rights* » *Equality Act 2006*, section 3.

Bob Hepple, *Equality, The new legal framework*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, p. 1, p. 12, p. 21.

de vives réactions dans le milieu juridique français. Le débat relatif aux actions positives commence par la pertinence de la dénomination elle-même. En effet, l'expression « actions positives » est une traduction directe de l'américain *affirmative action* mais n'est pas la seule employée. D'autres expressions telles que « discrimination à rebours »¹⁰⁶⁸, « discriminations compensatoires »¹⁰⁶⁹ ou la plus courante « discriminations positives » sont aussi usitées. À l'opposé de l'expression « actions positives », les autres expressions présentent une contradiction inhérente dans le sens où elles associent une notion à connotation par nature négative, la discrimination, et un objectif « noble » et positif, celui visant à combattre les inégalités subies par certaines personnes et leur offrir un avantage pour les affronter. Pour démontrer la complexe qualification du terme « discriminations positives », Madame Delphine Tharaud les caractérise de « véritable serpent de mer juridique tendant de louvoyer entre les différentes conceptions égalitaires »¹⁰⁷⁰. Bien que la terminologie « discrimination positive » puisse être pertinente¹⁰⁷¹, nous nous concentrons sur celle d'« actions positives » : premièrement, parce qu'il s'agit du terme employé par les institutions européennes, transposé par le droit français et employé par les partenaires sociaux et deuxièmement, en raison du fait qu'il génère moins de confusion et d'ambiguïté par rapport à l'expression « discriminations positives ». Toutefois, une distinction entre ces deux notions est impérative.

217. Distinction entre discrimination positive et action positive. Une distinction doit être opérée entre les notions de discrimination positive et d'action positive. Bien qu'elles soient proches sémantiquement, il existe une différence subtile qui rend la première ambiguë voire contraire à la loi. En effet, employer l'expression « discrimination positive » est perçu par certains auteurs comme « la négation de l'égalité »¹⁰⁷². Par conséquent, une distinction nette

¹⁰⁶⁸ La notion de « discrimination à rebours » suppose « qu'il y a eu des discriminations sciemment pratiquées antérieurement ».

Franck David, *La notion de discrimination positive en droit public français*, thèse, droit, ANRT, Université de Poitiers, 2001 p. 129.

¹⁰⁶⁹ François Cafarelli, *Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoires en droit public français*, thèse, droit, ANRT, Université de Lille 3, 2009.

¹⁰⁷⁰ Delphine Tharaud, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 22.

¹⁰⁷¹ Pour certains auteurs, l'utilisation de l'expression « discrimination positive » est préférable parce que « la dissonance qui est introduite au sein même de cet accord expressif a ceci en effet d'avantageux qu'elle rappelle que de telles mesures ne peuvent être qu'exceptionnelles, appliquées dans des cas bien définis, et pour lesquels un suivi continu des résultats s'impose ». Selon cette théorie, par l'emploi de cette expression à connotation négative, l'on évite qu'une mesure provisoire et exceptionnelle ne devienne la règle et ne produise des résultats nettement contraires à l'objectif poursuivi.

Franck David, *op.cit.*, p. 130.

¹⁰⁷² Arnaud Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur.* 2001, pp. 305-335.

doit être opérée entre les traitements préférentiels acceptés (sous conditions) et les discriminations prohibées, malgré leur caractère « positif ». La discrimination positive peut être définie comme « une mesure qui accorde un avantage à une catégorie de la population socialement défavorisée. Pour des raisons d'équité, le législateur décide de rompre la stricte égalité et d'accorder des droits particuliers aux membres de cette catégorie. On doit alors parler de discrimination même si la légitimité de la mesure dérogatoire est reconnue en raison de la spécificité du contexte social sur lequel elle opère »¹⁰⁷³. Par conséquent, la discrimination positive risque de produire les effets discriminatoires qu'elle vise à éliminer en perpétuant des préjugés. En outre, les recherches effectuées dans les pays où la discrimination positive est instituée montrent que ces actions sont souvent accompagnées par une dévalorisation des personnes qui en bénéficient¹⁰⁷⁴. Toutefois, pour les auteurs optant pour le terme « discriminations positives », il faudrait mettre plutôt l'accent sur la discrimination qui est à l'origine de la mise en place des mesures préférentiels, qu'aux potentiels effets discriminatoires de la mesure : il convient ainsi de reconnaître les discriminations positives comme une étape nécessaire pour affronter les discriminations existantes et atteindre l'égalité¹⁰⁷⁵.

218. D'un autre côté, les actions positives visent à concilier les traitements préférentiels avec le principe d'égalité : « pour parvenir à cette fin, le juge est contraint de proposer des concepts qui autorisent une extension maximale des mesures positives jusqu'à la limite extrême de la non-discrimination »¹⁰⁷⁶. En effet, la frontière entre la discrimination positive et les actions positives n'est pas nette et l'intervention du juge a été nécessaire pour la déterminer, comme nous allons le voir ci-dessous.

Malgré ce débat, il est possible d'identifier certaines actions positives en matière de diversité, certaines prévues par la loi (A) et d'autres négociés et adoptés par les partenaires sociaux dans le cadre des accords diversité (B). La question se pose sur le rôle des partenaires sociaux dans la mise en place des actions positives en conformité avec le cadre légal existant et la présence des actions positives au sein des accords diversité.

¹⁰⁷³ Arnaud Haquet, *op.cit.*

¹⁰⁷⁴ Laurence Pécaut-Rivolier, *op.cit.*, p. 90.

¹⁰⁷⁵ Delphine Tharaud, *op.cit.*, p. 24.

¹⁰⁷⁶ Arnaud Haquet, *op.cit.*

A) Les actions positives en matière de diversité : un débat juridique continu

219. Malgré la confusion entourant la notion d'action positive, celle-ci a été reconnue en droit international, européen et français. À la différence de la conception américaine, qui est intrinsèquement liée avec la conception et la notion de diversité, le cadre juridique applicable en France ne concerne pas directement la diversité dans son ensemble mais plutôt certains aspects de celle-ci, notamment l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les salariés handicapés.

220. **Droit international.** L'OIT a reconnu dans la convention n°111, art.5, 2 que « tout Membre peut, après consultation, là où elles existent, des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, définir comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou culturel ». Il convient de préciser que l'existence de partenaires sociaux semble être une condition pour la mise en place de telles « mesures spéciales ».

L'ONU a également prévu la possibilité des actions positives dans la convention sur l'élimination de discriminations raciales de 1969, l'article 1er, § 4, disposant que : « Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité, ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient »¹⁰⁷⁷. Les mesures spéciales acquièrent un caractère obligatoire dans certaines circonstances selon l'art.2, § 2 : « Les États parties prendront, si les circonstances l'exigent, dans les domaines social, économique, culturel et autres, des mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient, le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces mesures ne pourront en aucun cas avoir pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts

¹⁰⁷⁷ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales du 4 janvier 1969, citée par Marie-Thérèse Lanquetin, « Discrimination », *op.cit.*, §164.

pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient »¹⁰⁷⁸. S'inscrit dans la même logique la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, qui dispose dans son art. 4-1 que : « L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chance et de traitement ont été atteints »¹⁰⁷⁹. Le caractère spécial et temporaire de ces mesures est mis en avant par l'ONU : les mesures spéciales sont l'exception, et non pas la règle, et doivent trouver un terme lorsque l'objectif poursuivi est atteint.

221. En ce qui concerne le droit européen, les actions positives sont reconnues (sous conditions) par le Conseil de l'Europe et par l'UE.

Les actions positives au sein du Conseil de l'Europe. Concernant le Conseil de l'Europe, la jurisprudence de la CEDH a maintes fois reconnu que l'art. 14 ne s'oppose pas à ce qu'un État membre mette en place des mesures préférentielles au profit de certains groupes pour corriger des inégalités factuelles et va encore plus loin en jugeant que, dans certains cas, l'absence d'action peut constituer en elle-même une violation de l'art.14¹⁰⁸⁰. Toutefois, selon certains auteurs, cette analyse ne doit pas être traduite comme une véritable obligation des États membres de mener des actions positives¹⁰⁸¹. Une distinction particulière doit être faite en ce qui concerne les salariés handicapés, pour lesquels la position de la Cour est beaucoup plus nette : « la jouissance effective, par les personnes handicapées, de nombreux droits garantis par la Convention, peut exiger l'adoption de différentes mesures positives par les autorités compétentes de l'État »¹⁰⁸². Le Comité européen des droits sociaux s'est également prononcé

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 3 septembre 1981, citée par Marie-Thérèse Lanquetin, « Discrimination », *op.cit.*, §163.

¹⁰⁸⁰ CEDH, 23 juil. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n°1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, pp. 34-35, § 10, série A n°6, CEDH, 6 avr. 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n°34369/97, § 44, CEDH 2000 IV, *RTD civ.* 2000. 434, chron. Marguénaud.

CEDH, gr. ch., 12 avr. 2006, *Stec e.a. c/ Royaume-Uni*, req. n°65731/01 et n°65900/01, § 51.

¹⁰⁸¹ Anastasia Iliopoulou-Penot, « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », In *Rép. de droit européen*, Octobre 2018, §37.

¹⁰⁸² CEDH, 11 avril 2006, *Mólka c/ Pologne*, req. n°56550/00, cons. n°2.

en la matière en reconnaissant que les États ont une « obligation de moyen renforcée » en ce qui concerne les personnes en situation de handicap¹⁰⁸³.

222. **Les actions positives en droit de l'Union Européenne : l'égalité professionnelle.** En ce qui concerne le droit de l'UE, les actions positives en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ont été consacrées par l'art. 157§4 TFUE¹⁰⁸⁴ selon lequel « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». La directive 76/207/CEE¹⁰⁸⁵ prévoit également cette possibilité dans son article 2§4 : « la présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ». Dans le même esprit, la directive 2000/43/CE consacre les actions positives en ce qui concerne les critères de « race » et d'origine ethnique dans son art.5 : « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique. » Enfin, la directive 2000/78/CE prévoit la même possibilité pour les critères de religion ou de conviction, handicap, âge et orientation sexuelle dans son art. 7§1 : « Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1er. » Les formules employées révèlent bien que la mise en place d'actions positives n'est pas obligatoire mais optionnelle pour les États membres.

223. La jurisprudence de la CJUE est intervenue pour clarifier le concept d'actions positives et délimiter le champ matériel à travers une série d'arrêts concernant les actions positives en matière de genre. Le fameux arrêt *Kalanke*¹⁰⁸⁶ du 17 octobre 1995 restreint la portée des actions

¹⁰⁸³ CEDS, 3 juin 2008, *MDAC c/ Bulgarie*, réclamation 41/2007.

¹⁰⁸⁴ Ancien art. 141 TCE.

¹⁰⁸⁵ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 févr. 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail, *JOCE* L. 39/40.

¹⁰⁸⁶ CJCE, 17 oct. 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93, Rec. p. I-3051 ; V. Louis Charpentier, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *RTD eur.* 1996, p. 281.

positives, en rejetant le régime automatique de quotas et en ajoutant deux conditions de validité à l'art. 2§4 : premièrement, il faut qu'il y ait une sous-représentation du groupe dans le secteur et deuxièmement, il faut que la personne qui va bénéficier de l'action positive ait une qualification égale à celle de son concurrent. La Cour opère une distinction entre la discrimination positive qui se traduit par l'imposition de quotas rigides, et les actions positives qui proposent des quotas souples à titre dérogatoire et ponctuel.

La communication de la Commission¹⁰⁸⁷ sur l'arrêt *Kalanke* a clarifié le fait que c'était notamment le caractère automatique de la mesure qui a été mis en cause et non pas la mesure préférentielle en soi. Elle opère également une catégorisation des actions positives : « un premier modèle consiste en mesures destinées à remédier aux situations défavorables qui caractérisent la présence des femmes sur le marché de l'emploi. Elles visent à éliminer les causes sous-jacentes des possibilités moindres d'emploi ou de carrière qui continuent à affecter le travail des femmes, en intervenant en particulier au niveau de l'orientation et de la formation professionnelles. Un deuxième modèle d'action positive peut comporter des actions favorisant l'obtention d'un certain équilibre entre responsabilités familiales et professionnelles et une répartition plus efficace de ces responsabilités entre les deux sexes. Dans ce cas, la priorité est accordée aux mesures portant sur l'organisation du temps de travail, le développement des infrastructures de garde d'enfants et la réintégration de travailleurs dans le marché de l'emploi après une interruption de carrière. Un troisième modèle repose sur l'idée que l'action positive devrait s'attacher à compenser la discrimination passée. En conséquence, un traitement préférentiel est prescrit en faveur de certaines catégories de personnes. Il peut prendre la forme de systèmes de quotas ou d'objectifs. Les quotas peuvent être plus ou moins rigides. Les quotas rigides sont ceux qui fixent un certain seuil à atteindre, indépendamment des qualifications et des mérites des personnes concernées, ou ceux qui fixent des conditions minimales à remplir, sans qu'il soit possible de tenir compte des circonstances particulières d'un cas. En revanche, les quotas moins rigides ou souples sont ceux qui établissent un traitement préférentiel en faveur d'une catégorie donnée, à condition que les qualifications soient de la même valeur par rapport au poste et que des circonstances exceptionnelles puissent être prises en considération ».

L'arrêt *Marshall*¹⁰⁸⁸ introduit une clause d'ouverture : la priorité n'est pas absolue, la règle doit garantir « aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins

¹⁰⁸⁷ Com (96) 88 du 27.03.1996, publiée à la *RJS* 7/96, p. 490.

¹⁰⁸⁸ *CJCE*, 11 nov. 1997, *Marschall*, aff. C-409/95, Rec. p. I-6363, n. D. 1998. 211. V. aussi Juliane Kokott, Jean-Marie Gardette, « Le statut de la femme à travers le prisme de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union

que les candidatures fassent l'objet d'une appréciation objective qui tienne compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin ». Toutefois, la jurisprudence *Badeck*¹⁰⁸⁹ semble élargir à nouveau la conception des actions positives en considérant conforme à la directive un système introduisant des objectifs contraignants, à condition que le principe de proportionnalité soit respecté et les critères de sélection demeurent objectifs. L'importance du principe de proportionnalité en matière d'actions positives est consacrée par les arrêts *Lommers*¹⁰⁹⁰ et *Brihèche*¹⁰⁹¹, selon lesquels « l'action positive est considérée comme une exception au principe d'égalité de traitement sous réserve du principe de proportionnalité »¹⁰⁹².

224. Les actions positives en droit de l'Union Européenne : la particularité du critère de l'âge. Toutefois, certains critères bénéficient des dispositions particulières. Du point de vue juridique, un élément qui rend le critère de l'âge particulièrement intéressant dans une optique de diversité, est le fait que, dans le droit antidiscriminatoire européen et français, il soit beaucoup plus aisé de justifier une différence de traitement en matière d'âge qu'en matière d'autres critères. Cette divergence ne s'explique pas seulement par la différence entre les législations nationales en la matière mais constitue, selon certains auteurs¹⁰⁹³ un choix conscient du droit de l'UE et de la CJUE. La directive 2000/78 consacre son article 6 spécifiquement à la justification des différences de traitement fondées sur l'âge¹⁰⁹⁴. Ces dernières ne sont pas

européenne », *Rev. UE*, 2019, p. 341 et Katell Berthou, « Sur les discriminations positives (CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, aff. C-158/97, AJDA 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues; D. 2000. 120) », *Dr. soc.*, 2000, p. 901.

¹⁰⁸⁹ CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, aff. C-158/97, AJDA 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues; D. 2000. 120, V. aussi Katell Berthou, « Sur les discriminations positives (CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, AJDA 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 2000. 120) », *Dr. soc.*, 2000, p. 901.

¹⁰⁹⁰ CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, aff. C-476/99, Rec. CJCE, p. I-2891.

¹⁰⁹¹ CJCE, 30 sept. 2004, *Brihèche*, aff. C-319/03, Rec. CJCE, p. I-8807.

¹⁰⁹² Marie-Thérèse Lanquetin, « Discrimination », *op.cit.*, §155.

¹⁰⁹³ Rachel Horton, « Justifying Age Discrimination in the EU », In *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Ed. Uladzislau Belavusau and Kristin Henrard (dirs.). Oxford, Hart Publishing, 2019. p. 274

¹⁰⁹⁴ « 1. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre :

- a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection;
- b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi ;
- c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

prohibées lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime. Cet objectif peut prendre différentes formes selon la jurisprudence de la CJUE, y compris celui de la diversité. En effet, au niveau communautaire, le critère de l'âge est directement lié à l'objectif de diversité, comme le démontre le considérant 25 de la directive 2000/78 : « L'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. Néanmoins, des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances et appellent donc des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres. Il est donc essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites. » Il revient aux États d'établir la légitimité de l'objectif poursuivi mais seront censurés les dispositifs qui ne servent aucun objectif légitime¹⁰⁹⁵.

La Cour de Justice semble prendre cet objectif en considération lorsqu'elle justifie les différences de traitement dans le cadre des actions visant à promouvoir l'emploi des seniors et des jeunes et à améliorer la représentation des différentes générations au sein d'une entreprise ou d'une certaine profession. Ainsi, dans les affaires jointes *Fuchs et Köhler*¹⁰⁹⁶, « établir une structure d'âge équilibrée afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes, d'optimiser la gestion du personnel et par là même de prévenir les litiges éventuels portant sur l'aptitude du salarié à exercer son activité au-delà d'un certain âge » est considéré par la CJUE comme un objectif légitime, approprié et nécessaire, justifiant « la mise à la retraite d'office des fonctionnaires à vie, en l'occurrence les procureurs, lorsqu'ils atteignent l'âge de 65 ans ». Obéit à la même logique l'affaire *Domnica Petersen*¹⁰⁹⁷, selon laquelle une disposition

2. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe. »

¹⁰⁹⁵ Mélanie Schmitt, « Droit du travail de l'Union européenne », In *Rép. trav.*, janvier 2011 (actualisation : avril 2017), §85.

¹⁰⁹⁶ CJUE, 2^{ème} ch., 21 juil. 2011, *Gerhart Fuchs et Peter Köhler*, aff. jointes C-159/10 et C-160/10.

¹⁰⁹⁷ CJUE, gr. ch., 12 janv. 2010, *Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen*, aff. C-341/08, EU:C:2010:4.

L'on retrouve le même raisonnement dans l'arrêt CJUE, 2^{ème} ch., 18 nov. 2010, *Vasil Ivanov Georgiev v Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv*, aff. jointes C-250/09 et C-268/09, EU:C:2010:699 : il s'agissait en l'espèce d'une disposition concernant la mise à la retraite des professeurs en Bulgarie, dont l'objectif était celui de la « répartition optimale des postes de professeurs entre les générations ».

nationale fixant à 68 ans l'âge maximal pour l'exercice de la profession de dentiste conventionné est considérée comme une mesure appropriée et nécessaire, l'objectif étant de « répartir les possibilités d'emploi entre les générations au sein de la profession de dentiste conventionné ».

225. Les actions positives en droit de l'Union Européenne : les aménagements raisonnables pour le handicap. Les obligations relatives au critère du handicap se révèlent bien plus contraignantes : la directive distingue le critère du handicap des autres critères¹⁰⁹⁸ et prévoit des mesures spécifiques, les aménagements raisonnables¹⁰⁹⁹. À la différence des actions positives, les aménagements raisonnables ne sont pas optionnels et créent de véritables obligations pour les États membres et les employeurs. Il convient de préciser que le droit de l'UE distingue bien les aménagements raisonnables des actions positives : par conséquent, il ne faut pas considérer les aménagements raisonnables comme une catégorie d'actions positives mais comme un cas de recours au critère discriminatoire bien distinct. Les aménagements raisonnables visent à adapter le poste de travail aux besoins du salarié handicapé tandis que les actions positives introduisent une préférence ou un quota plus ou moins rigide pour le recrutement des salariés handicapés¹¹⁰⁰.

226. Les actions positives en droit français. La France s'inscrit bien dans le respect des dispositions européennes et internationales décrites ci-dessus ; en revanche, la question du périmètre des actions positives demeure. Étant en contradiction avec le principe d'égalité républicaine, la reconnaissance des traitements préférentiels se fait sous conditions et de manière bien encadrée. Toutefois, les actions positives ne constituent pas une nouveauté pour le droit français et il existe des exemples bien antérieurs à l'influence du droit de l'Union européenne : constituent des exemples caractéristiques les mesures destinées à favoriser les

¹⁰⁹⁸ Art. 7§2 : « En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail. »

¹⁰⁹⁹ Art. 5 : « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées. »

¹¹⁰⁰ Morgan Sweeney, *op.cit.*, p. 87.

Français musulmans d'Algérie aux emplois publics de l'État et à la magistrature de 1958¹¹⁰¹, ou encore concernant les collectivités d'Outre-Mer¹¹⁰². Ces exemples, étant liés à une situation sociopolitique particulière, semblent ne pas susciter le même intérêt que les mesures concernant par exemple la parité aux listes électorales, pour lesquelles le Conseil constitutionnel a été saisi deux fois¹¹⁰³. Il a été également saisi en matière d'égalité professionnelle, avant l'adoption de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes¹¹⁰⁴ introduisant dans le droit français certaines dispositions relatives à l'accès équilibré entre les sexes aux instances délibératives et juridictionnelles dans les organismes publics et privés ; dans sa décision du 16 mars 2006, le Conseil encadre ces dispositions en jugeant que l'action législative en faveur des femmes « ne saurait faire prévaloir la considération de sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »¹¹⁰⁵. Malgré cette réticence quant aux actions positives, certaines dispositions françaises concernant le domaine des retraites ont dépassé les limites acceptables par le droit de l'UE selon la CJUE, qui a condamné la France à deux reprises pour discrimination indirecte au détriment des salariés masculins¹¹⁰⁶.

¹¹⁰¹Loi n°56-258 du 16 mars 1956, ordonnance n°58-1016 du 29 oct. 1958 édictant des mesures destinées à favoriser l'accès des Français musulmans d'Algérie aux emplois publics de l'État, ordonnance organique n°58-1270 du 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature (à titre indicatif, son art. 83 prévoit que pendant une période de cinq ans dans chaque concours ouvert pour le recrutement d'auditeurs de justice, dix sur cent places prévues seront réservées aux citoyens musulmans d'Algérie.). V. Jeannette Bougrab, *op.cit.*, p. 149 et s.

¹¹⁰² Concernant les collectivités d'outre-mer, la Constitution prévoit dans son art. 74 al.10 que « des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ». La loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la nouvelle Calédonie sur la protection du marché du travail local prévoit dans son art. 24 que « dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié ». Jeannette Bougrab, *op.cit.*, pp. 165-168.

¹¹⁰³ Cons. const. n°82-146 DC du 18 nov. 1982 : « la règle qui, pour l'établissement des listes soumises aux électeurs, comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe, est contraire aux principes constitutionnelles ».

Après la révision constitutionnelle de 1999, l'art. 3 al.5 prévoit que la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Le Conseil Constitutionnel juge à propos de cet article qu'« il est désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif soit un caractère contraignant ». Cons. Const. n°2000-429 DC du 30 mai 2000 relative à la loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

¹¹⁰⁴ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

¹¹⁰⁵ Cons. const. 16 mars 2006, décision n°2006-533DC, V. aussi Marie-Thérèse Lanquetin, « Discrimination », *op.cit.* §164.

¹¹⁰⁶ CJCE, 29 nov. 2001, *Griesmar*, aff. C-366/99, *D.* 2002, p. 134, voir aussi Marie-Thérèse Lanquetin, « L'égalité entre hommes et femmes dans le régime spécial de retraite des fonctionnaires », *Dr. soc.* 2002, p. 178.

« Les pensions servies au titre d'un régime tel que le régime français de retraite des fonctionnaires entrent dans le champ d'application de l'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143CE). Nonobstant les stipulations de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale, le principe de l'égalité des rémunérations est méconnu par une disposition telle que l'article L. 12, sous b), du Code des pensions civiles et militaires de retraite, en ce qu'elle exclut du bénéfice de la bonification qu'elle instaure pour le calcul des pensions de retraite les fonctionnaires masculins qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants. »

227. En ce qui concerne le critère de l'âge, l'art. 6 de la directive 2000/78 a été transposé par la loi de 2008¹¹⁰⁷ et les différences de traitement fondées sur l'âge sont désormais consacrées par l'art. L.1133-2 du Code du travail. Toutefois, une différence dans la formulation employée par le législateur français peut être remarquée : le texte européen fait référence à trois exemples de différence de traitement justifiée (voir ci-dessus) tandis que l'art. L.1133-2 se limite à deux : « 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ; 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. » Ne sont plus mentionnées les conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, une omission qu'il est sans doute possible d'interpréter comme une réticence de la part du législateur français de reconnaître ouvertement les actions positives fondées sur le critère de l'âge¹¹⁰⁸.

228. Concernant les aménagements raisonnables en matière de handicap, la première intervention législative date de 1924, avec pour objectif d'assurer la réinsertion professionnelle des mutilés de guerre à l'issue de la Première Guerre mondiale¹¹⁰⁹. Cette loi créait pour la première fois l'obligation d'employer une catégorie particulière de travailleurs dans la limite de 10% du personnel pour les entreprises privées occupant plus de dix salariés. Elle a également introduit le système d'exonération à la loi par le versement d'une redevance. Cette loi a été suivie d'une série de textes s'inscrivant dans la même logique et concernant exclusivement les

À la suite de cet arrêt, la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites (loi n°2003-775) prévoit que les avantages en cause, auparavant réservés aux femmes fonctionnaires, seraient indifféremment attribués aux deux sexes, sous réserve d'une condition d'interruption d'activité de deux mois lors de la naissance ou de l'adoption de chaque enfant. Dans l'affaire Leone de 2014, la CJUE estime qu'il y a une discrimination indirecte qui subsiste puisque cette disposition « bien que d'apparence neutre sur le plan du sexe des fonctionnaires concernés, est, en l'occurrence, de nature à être remplie par un pourcentage considérablement plus faible de fonctionnaires masculins que de fonctionnaires féminins, de sorte qu'elle désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe que de travailleurs de l'autre sexe. »

CJUE 17 juill. 2014, aff. C-173/13, *Leone [Épx] c/Garde des Sceaux, ministre de la justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales*, AJDA 2014, p. 1519.

Une réforme du congé parental a suivi cette décision.

¹¹⁰⁷ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 6.

¹¹⁰⁸ Toutefois, la présence de l'adverbe « notamment » à la formule de l'art. L. L.1133-2 C. trav. laisse supposer que d'autres types de différences de traitement pourraient être justifiées.

¹¹⁰⁹ Loi du 26 avril 1924 assurant l'emploi obligatoire des mutilés de guerre, JORF du 29 avril 1924.

V. aussi Romien Pierre, « À l'origine de la réinsertion professionnelle des personnes handicapées : la prise en charge des invalides de guerre », *Revue française des affaires sociales*, n°2, 2005, p. 233 et s.

invalides de guerre¹¹¹⁰. En 1957, la loi sur le reclassement des travailleurs handicapés¹¹¹¹ est adoptée : elle inclut pour la première fois l'ensemble des personnes handicapées sans distinction entre les invalides de guerre et les invalides civils. La loi du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés uniformise les textes précédents, crée l'AGEFIPH (l'organisme responsable pour la collecte de la contribution en cas de non satisfaction de l'obligation de l'emploi) et étend au secteur public les mêmes obligations que celles pesant sur le secteur privé¹¹¹². En outre, l'obligation d'employer passe à 6% de personnes handicapées pour les entreprises de vingt salariés, ce taux étant toujours d'actualité à ce jour¹¹¹³. La loi « pour la liberté de choisir son avenir professionnel » du 5 septembre 2018¹¹¹⁴ ainsi que la loi « relative à la croissance et la transformation des entreprises » du 22 mai 2019¹¹¹⁵ apportent quelques modifications : désormais toutes les entreprises sont concernées, même celles de moins de vingt salariés. Ces dernières ne sont pas tenues de l'obligation d'emploi de 6% mais doivent déclarer l'effectif total des bénéficiaires de l'obligation d'emploi, c'est-à-dire que les employeurs sont tenus, quelle que soit la taille de leur entreprise, de déclarer le nombre de salariés handicapés qu'ils emploient. Le périmètre de l'obligation change également : pour les entreprises à établissements multiples, l'unité d'assujettissement n'est plus l'établissement mais l'entreprise¹¹¹⁶. Le recouvrement de la contribution annuelle due, ainsi que le contentieux et les sanctions relatives à cette obligation, se transfèrent de l'Agefiph aux Urssaf et caisses de

¹¹¹⁰ Loi du 15 février 1942 créant une carte de priorité en faveur des mutilés du travail ; arrêté du 27 août 1943 relatif au réemploi des prisonniers de guerres rapatriés en cas d'inaptitude physique ; ordonnance du 1er mai 1945 relative à la réintégration, au réemploi et à la réadaptation des démobilisés, prisonniers, déportés et assimilés Romien Pierre, *op.cit.*, p. 237 et s.

¹¹¹¹ Loi n°57-1223 du 23 novembre 1957 sur le reclassement professionnel des travailleurs handicapés Romien Pierre, *op.cit.*, p. 239 et s.

¹¹¹² Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés. Romien Pierre, *op.cit.*, p. 245.

Concernant l'emploi des salariés handicapés dans le secteur public : Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (art. 6 sexies) et Loi 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

Anne Fitte-Duval, « Personnel des collectivités territoriales : admissibilité aux emplois », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°10310), mai 2015 (actualisation : avril 2019).

¹¹¹³ V. Art. L. 5212-1 et L.5212-2 C. trav.

¹¹¹⁴ Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, art. 67.

¹¹¹⁵ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 11.

¹¹¹⁶ Art. L.5212-3 C. trav. Cette modification aura pour résultat qu'un plus grand nombre d'employeurs soit concerné par l'obligation d'emploi : auparavant, une entreprise qui occupait plus de vingt salariés mais dont les établissements ne franchissaient pas ce seuil était exemptée de l'obligation d'emploi des salariés handicapés.

mutualité sociale agricole (CMSA)¹¹¹⁷. Enfin, un référent handicap doit être désigné dans les entreprises de plus de 250 salariés¹¹¹⁸. Ces dispositions entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2020.

Nous remarquons que le critère du handicap est le seul pour lequel des quotas rigides sont prévus, sans d'ailleurs que ceci ne soit contesté devant le juge. Bien au contraire, cette mesure est considérée comme complémentaire au droit antidiscriminatoire et conforme au droit de l'UE et les conditions prévues par sa jurisprudence¹¹¹⁹, car elle s'inscrit dans une politique de réinsertion professionnelle, elle respecte le principe de proportionnalité et offre différents choix à l'employeur qui souhaite satisfaire à son obligation¹¹²⁰.

229. Outre les critères de genre, d'âge et de handicap, le législateur français prévoit depuis 2014 la possibilité de mettre en place des mesures en faveur de personnes résidant dans certaines zones géographiques¹¹²¹ et depuis 2016 des mesures en faveur des personnes vulnérables en raison de leur situation économique¹¹²². Nous retrouvons ce cadre européen et français dans les accords collectifs diversité, qui proposent souvent des actions positives sur un ou plusieurs de ces critères.

B) Les actions positives mises en place par les partenaires sociaux

230. Pour parvenir à une mise en place effective des actions positives, l'encadrement légal doit être accompagné de l'encouragement étatique des actions privées et du dialogue social¹¹²³. Il faut en effet privilégier le dialogue des partenaires sociaux en la matière afin d'instaurer au

¹¹¹⁷ Art. L 5212-9, al. 1 C. trav. et ordonnance n°2019-861 du 21 août 2019 visant à assurer la cohérence de diverses dispositions législatives avec la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

¹¹¹⁸ Art. L5213-6-1 C.trav.

¹¹¹⁹ Voir ci-dessus la jurisprudence de la CJUE sur les actions positives en matière de genre.

¹¹²⁰ Outre l'emploi direct, il y a l'option de la contribution annuelle, de la négociation d'un accord collectif en la matière ou encore la conclusion des contrats de fournitures ou de sous-traitance. Morgan Sweeney, *op.cit.*, p. 87. Depuis les nouvelles modifications en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2020, l'emploi indirect ne va plus être comptabilisé dans les 6% mais offrira des déductions sur la contribution financière due en cas de non satisfaction de l'obligation d'emploi.

Art. D.5212-22 C. trav., modifié par décret n°2019-523 du 27 mai 2019, art. 1.

¹¹²¹ Conformément à l'art. L.1133-5 C. trav., créé par la loi n°2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, article 15 : « les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination ».

¹¹²² Conformément à l'art. L.1133-6 C. trav., créé par la loi n°2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, art. unique (V) : « Les mesures prises en faveur des personnes vulnérables en raison de leur situation économique et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination. »

¹¹²³ Delphine Tharaud, *op.cit.*, p. 427.

sein des entreprises des actions efficaces contre les discriminations. Le terrain de la négociation en matière de diversité nous paraît à nouveau le plus propice.

231. La loi n'est pas seule créatrice des actions positives : les partenaires sociaux participent activement à leur mise en place en entreprise. La loi elle-même leur confère cette possibilité en ce qui concerne les actions positives en matière de genre et de handicap. Plus spécifiquement, l'art. L1142-4 du Code du travail prévoit que les « mesures temporaires au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes » peuvent résulter « de stipulations de conventions de branches étendues ou d'accords collectifs étendus ». En matière de handicap, leur contribution est encore plus importante : l'adoption d'un accord de branche, de groupe ou d'entreprise agréé par l'autorité administrative et prévoyant la mise en œuvre d'un programme pluriannuel en faveur des travailleurs handicapés peut acquitter l'employeur de son obligation d'emploi, conformément à l'art. L.5212-8 du Code du travail. Depuis la loi du 5 septembre 2018¹¹²⁴, la durée maximale de l'accord est fixée à trois ans, renouvelable une fois. Il convient également de préciser que, selon l'art. L.5212-10 du Code du travail, l'employeur qui n'a pas respecté ses obligations à l'emploi des salariés handicapés par moyen de recrutement, d'accord ou de contribution risque de voir sa contribution augmenter de 600 à 1500 fois le salaire horaire minimum de croissance par bénéficiaire non employé.

232. La jurisprudence communautaire a également reconnu la possibilité d'admettre certaines différences de traitement d'origine conventionnelle, notamment en ce qui concerne le critère d'âge. Dans le fameux arrêt *Mangold*¹¹²⁵ est en cause une disposition allemande abaissant l'âge au-delà duquel il est possible de conclure un CDD sans restriction, et sa conformité tant à l'art. 6 de la directive qu'à l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. Selon le juge communautaire, « les États membres ainsi que, le cas échéant, les partenaires sociaux au niveau national disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et de l'emploi, mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser ». Ceci est confirmé à nouveau, dans l'arrêt *Felix Palacios de la Villa*¹¹²⁶. Dans cet arrêt, il est reconnu qu'une convention collective peut également opérer une différence de traitement en matière d'âge sans s'opposer à l'art. 6 de la directive 2000/78. Était en cause la

¹¹²⁴ Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, art. 67.

¹¹²⁵ CJCE, gr. ch., 22 nov.2005, *Mangold*, aff. C-144/04, EU:C:2005:709.

¹¹²⁶ CJUE, gr. ch., 16 oct. 2007, *Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Services SA*, aff. C-411/05, EU:C:2007:604.

possibilité de prévoir dans les conventions collectives espagnoles des clauses autorisant la rupture du contrat de travail en raison de la survenance de l'âge de la retraite. Cette possibilité est justifiée « à la condition que cette mesure soit liée à des objectifs formulés dans la convention collective et compatibles avec la politique de l'emploi, tels que la transformation de contrats temporaires en contrats à durée indéterminée, le soutien à l'emploi [ou] l'engagement de nouveaux travailleurs. »¹¹²⁷ Suivant la même logique, dans l'arrêt Rosenbladt¹¹²⁸, la CJUE juge conforme une clause d'une convention collective allemande prévoyant la cessation automatique des contrats de travail pour les salariés ayant atteint l'âge de départ à la retraite.

233. En ce qui concerne les accords collectifs en matière de diversité, nous retrouvons dans une majorité d'accords des actions positives ciblées sur certaines populations. Comme le relève l'analyse de la DARES¹¹²⁹, les accords diversité s'intéressent tantôt à l'égalité de traitement en lien avec la non-discrimination et tantôt à l'égalité des chances en lien avec la diversité. Pour cette dernière, ils prévoient des mesures ciblées avec, parfois, des objectifs quantitatifs en matière de recrutement de femmes, de seniors, de jeunes en apprentissage, de seniors de plus de 45 ans ou de jeunes diplômés venant de ZUS¹¹³⁰. En effet, sur 80 accords étudiés par la DARES, seulement huit ne comportent pas de mesures ciblées. Pour la DARES, ceci « témoigne du fait que les partenaires engagés dans ce type de négociation ont quasiment tous souhaité s'inscrire dans une vision « pragmatique », formelle de l'égalité, avec des actions visant spécifiquement telle ou telle catégorie de salariés. Ces accords s'inscrivent à ce titre dans un modèle de justice sociale visant à lutter contre les discriminations dont sont victimes certains groupes de populations par des mesures correctrices préférentielles »¹¹³¹. Notre étude des accords postérieurs confirme cette intention, avec des mesures préférentielles qui dépassent la simple volonté de se conformer aux exigences légales. Bien que les accords comportent de telles mesures, ils évitent d'employer le terme « actions positives » ou même « discrimination positive » pour qualifier la nature de ces mesures. Une exception est fournie par l'accord Ues Aon France, accord sur la qualité de vie au travail du 1^{er} mars 2016 selon lequel la « discrimination positive » pour l'accès à l'emploi est encouragée de la façon suivante : en

¹¹²⁷ *Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Services SA*, *op.cit.*, §60.

¹¹²⁸ CJUE, gr. ch., 12 oct. 2010, *Gisela Rosenbladt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH.*, aff. C-45/09 EU:C:2010:601.

¹¹²⁹ Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 46.

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ *Ibid.*

présence de compétences et qualification équivalentes entre deux candidats de sexes différents, la priorité sera donnée « au candidat du sexe sous-représenté dans cette catégorie d'emploi »¹¹³².

Hormis les actions positives, il existe des mesures beaucoup moins controversées mises en avant par les accords collectifs diversité.

Paragraphe 2. Des mesures traditionnelles pour la promotion de la diversité

234. Nous employons le terme « traditionnel » pour caractériser les mesures moins controversées que les actions positives, employées par les partenaires sociaux dans leurs démarches diversité. Parmi les mesures « traditionnelles » employées pour la promotion de la diversité, il existe une catégorisation des différents aspects de l'emploi affectés. Comme nous l'avons déjà mentionné, les accords peuvent concerner le recrutement, la rémunération, l'accès à la formation ou encore la mobilité. Une distinction est évidente : certaines mesures concernent le point d'entrée du salarié dans l'entreprise et visent au recrutement d'une main d'œuvre diversifiée (A), tandis que d'autres visent à assurer que les salariés faisant déjà partie de l'entreprise et présentant certains critères ne soient pas discriminés dans l'évolution de leurs carrières (B).

A) Les politiques de recrutement : des mesures de diversification du personnel par excellence

235. Les politiques de recrutement se trouvent au cœur des mesures pour la promotion de la diversité dans les accords collectifs. Comme le montre l'étude de la DARES¹¹³³, et les accords postérieurs le confirment, tous les accords diversité incluent le recrutement en tant que politique de gestion des ressources humaines à privilégier dans le but de diversifier le personnel. Les mesures prises dans le cadre des politiques de recrutement soient les mesures par excellence de diversification du personnel. Les partenaires sociaux semblent s'accorder sur le fait que la transparence et la lutte contre les discriminations au moment du recrutement sont déterminantes pour l'amélioration de la diversité au travail. Il s'agit également d'un moyen d'éviter un

¹¹³² Accord sur la qualité de vie au travail de l'UES Aon du 1er mars 2016 : L'actualité n°17107, 22 juin 2016, *LSQ*. Toutefois, dans un accord postérieur relatif à l'insertion professionnelle des salariés handicapés, les partenaires sociaux précisent qu'« en application du principe de non-discrimination tant négative que positive, l'entreprise rappelle que les candidatures des personnes en situation de handicap sont étudiées selon les mêmes critères que l'ensemble des autres candidatures » (accord en faveur de l'emploi et de l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés du 2 juillet 2019 au sein de l'UES AON France).

¹¹³³ Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 35.

contentieux en matière de discrimination, la jurisprudence ayant démontré que l'opacité quant au processus de recrutement et à la sélection des candidats peut constituer un indice fort de l'existence de pratiques discriminatoires à l'embauche¹¹³⁴.

236. Ainsi que l'indique l'étude de la DARES, « c'est pour le « recrutement » que l'on comptabilise le plus grand nombre d'occurrences d'outils dans les accords et le plus grand nombre de dispositifs qui y sont associés »¹¹³⁵. Ces dispositifs sont les suivants : la diversification des canaux de recrutement, la mise en place des « clauses diversité » avec les prestataires avec lesquels l'entreprise collabore dans le cadre de ses recrutements, la neutralité du libellé des annonces, les partenariats, la traçabilité et la transparence quant à la procédure du recrutement, l'information sur les postes et les procédures mises en place, les parrainages organisés, la signature de la Charte ainsi que le CV anonyme. Il convient de préciser que la mesure de neutralité des annonces apparaît comme un dispositif mis en place par les partenaires sociaux dans le cadre de l'accord diversité ; cependant, constitue une obligation légale le fait que « aucune offre d'emploi ne peut comporter de référence à l'une des caractéristiques mentionnées à l'art. L.1132-1 »¹¹³⁶. Par conséquent, ce dispositif, présent dans la majorité des accords diversité, constitue une obligation légale, un fait que les partenaires sociaux ne mentionnent pas¹¹³⁷.

237. **Le CV anonyme.** Un dispositif plus intéressant est celui du CV anonyme, présent dans quatre accords de l'étude de la DARES mais (comme nous pouvons l'observer dans les accords postérieurs) abandonné depuis. Le CV anonyme a été introduit par la loi de 2006 pour l'égalité des chances, qui lui a consacré un nouvel article L.121-6-1 (devenu L.1221-7) dans le Code du travail. Cet article instaurait, pour les entreprises d'au moins 50 salariés, un examen des candidatures à l'emploi dans des conditions préservant leur anonymat. Ceci consiste à ne pas mentionner les nom, prénom, adresse (y compris électronique), sexe, âge ou date de naissance, lieu de naissance, nationalité, situation de famille et photo du candidat. Le CV anonyme constitue une méthode concrète de lutte contre les discriminations à l'embauche ainsi qu'un moyen de promotion de la diversité à travers la déconstruction des préjugés et des

¹¹³⁴ CA de Toulouse, 4^e ch., 2^e sect., 19 févr. 2010, *Airbus Opération SAS c. Froul Louzai*, RG n°08/06630.

Katell Berthou, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 févr. 2010 », *RDT*, 2010. 635.

¹¹³⁵ Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 38.

¹¹³⁶ Art. L. 5321-2 C. trav.

¹¹³⁷ Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 39.

stéréotypes¹¹³⁸, méthode qui ne met pas en cause le principe d'égalité républicaine. Toutefois, l'entrée en vigueur de cet article était subordonnée à la publication d'un décret du Conseil d'État. Le 17 décembre 2008, deux ans après l'adoption de la loi, et en l'absence d'un décret d'application, le président de la République a émis le souhait que l'expérimentation en la matière se poursuive par la mise en place du CV anonyme dans une centaine de grandes entreprises. En mai 2015, un rapport comportant treize mesures pour combattre les discriminations est produit par le gouvernement¹¹³⁹, ledit rapport annonçant l'abrogation de l'article L.1221-7, abrogation qui se réalise par la loi Rebsamen¹¹⁴⁰, quelques mois plus tard. Le nouvel article L.1221-7 du Code du travail ne prévoit désormais qu'une utilisation facultative de cet instrument. Le rapport met également en exergue le « testing » et « l'autotesting » comme moyens alternatifs d'identification et de lutte contre les discriminations à l'embauche¹¹⁴¹. Le testing est un outil utile pour mesurer la discrimination à l'embauche : il consiste à élaborer deux CV identiques à l'exception de la caractéristique qu'on souhaite tester comme source possible de discrimination ; par la suite, les deux CV sont envoyés aux entreprises ; enfin, pour mesurer la discrimination, on compare le taux de succès des candidats qui n'ont pas la caractéristique testée au taux de ceux auxquels on l'a attribuée¹¹⁴². Le testing s'opère au niveau des candidatures et réussit à faire apparaître l'effet propre de la variable examinée et à mettre directement en cause le discriminateur¹¹⁴³.

238. Concernant les accords collectifs en matière de diversité, certains ont opté pour le CV anonyme par le passé, comme l'accord ES de 2007 qui prévoit que l'entreprise « expérimentera un dispositif visant à préserver l'anonymat des candidatures, en effaçant, sur les candidatures qu'elle adressera aux managers, toute référence à un critère pouvant induire une discrimination (nom, prénom, âge etc.) », l'accord Carrefour de 2008 qui propose l'élaboration d'un dossier de candidature anonyme qui laisse au candidat le choix de communiquer ou non son nom ou un pseudonyme, ses coordonnées téléphoniques ou son adresse de messagerie électronique. Dans le même esprit, mais sans pouvoir lui accorder la qualification de « CV anonyme », l'accord au sein d'HSBC France de 2011 prévoit que « pour favoriser l'égalité de traitement, l'entreprise

¹¹³⁸ Marie Peyronnet, *La diversité : étude en droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 2018, p. 289 et s.

¹¹³⁹ Anne Portmann, « Treize Mesures Pour Lutter Contre Les Discriminations Au Travail », *D. act.*, 20 mai 2015.

¹¹⁴⁰ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

¹¹⁴¹ Anne Portmann, *op.cit.*

¹¹⁴² Clémence Berson « Testing : la difficulté de l'interprétation de la discrimination à l'embauche », *Travail et emploi* 2013/3, n°135, pp. 22-40.

¹¹⁴³ Olivier Masclet, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 39.

ne demanda pas de photos des candidats lors du recrutement »¹¹⁴⁴. Toutefois, les références ne sont pas nombreuses et cet outil étant facultatif depuis 2015, le CV anonyme semble ne plus être intéressant pour les partenaires sociaux, qui se tournent vers d'autres méthodes suivant le même esprit.

239. **La méthode de recrutement par simulation (MRS).** Il s'agit notamment de la méthode de recrutement par simulation (MRS), qui fait partie des bonnes pratiques à recenser selon l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006 relatif à la diversité dans l'entreprise. Pôle emploi a montré un intérêt important pour la MRS en considérant que celle-ci peut être un outil important d'optimisation de l'intermédiation entre l'offre et la demande¹¹⁴⁵. Il s'agit d'une méthode de recrutement sans CV et qui ne nécessite aucun diplôme ou formation professionnelle quelconque. Les compétences des candidats sont évaluées par des tests et ceux qui réussissent ont tous accès à un entretien de motivation au sein de l'entreprise. La MRS vise particulièrement à faciliter l'insertion des jeunes peu ou pas qualifiés et dont l'accès à l'emploi est difficile¹¹⁴⁶. Dans son instruction de 2013 relative à la mise en œuvre des emplois d'avenir, Pôle emploi vise spécifiquement les jeunes dans une vision qu'il n'hésite pas de qualifier de discrimination positive : « si la MRS est un outil adapté à des recrutements en masse avec un employeur qui accepte de ne pas utiliser le CV des candidats, des précautions s'imposent dans sa mobilisation dans le cadre d'un dispositif de discrimination positive pur tel que les emplois d'avenir. En effet, l'utilisation de la MRS en amont d'un recrutement en emploi d'avenir est de nature à mettre en place un processus de sélection dans un dispositif où l'on cherche à favoriser un public très éloigné de l'emploi pour les faire entrer en emploi sur des postes « réservés ». La pertinence de la mobilisation de la MRS devra donc s'apprécier selon les critères suivants :- au regard de l'historique de collaboration avec l'employeur sur ce thème,- lorsque la MRS est identifiée au sein d'un employeur comme le point d'entrée d'un métier validé par les instances de relations sociales au sein de l'employeur (ex : les facteurs à La Poste), - lorsque les postes

¹¹⁴⁴ Accord sur la diversité et l'équité au sein d'HSBC France, 22 juill. 2011.

¹¹⁴⁵ Convention État-Unédic-Pôle emploi du 2 avril 2009 pluriannuelle d'objectifs assignés à Pôle emploi par l'État et l'Unédic pour la période 2009-2011 (non publiée), Convention-cadre du 7 mars 2011 entre l'UNIFAF et Pôle emploi en faveur du développement des compétences et de l'accompagnement des transitions professionnelles, Convention-cadre nationale du 29 février 2012 entre Pôle emploi et Fafsea pour le placement, le développement des compétences et l'accompagnement des transitions professionnelles des demandeurs d'emploi.

¹¹⁴⁶ Accord-cadre du 26 janvier 2010 portant sur le partenariat renforcé entre Pôle emploi, l'État et le Conseil National des missions locales, art. 4.4, Instruction du Pôle emploi n°2013-72 du 23 juillet 2013, Mobilisation de l'offre de services de Pôle emploi dans le cadre de la mise en œuvre des emplois d'avenir, (BO Pôle emploi n°87, 2 sept. 2013).

proposés correspondent à un emploi déjà référencé par la MRS avec des tests déjà disponibles »¹¹⁴⁷.

La MRS est également promue en tant que méthode efficace pour neutraliser le critère d'origine, comme nous pouvons l'observer dans une convention de 2010 entre Pôle emploi et l'Office français de l'immigration et de l'intégration¹¹⁴⁸ : concernant l'introduction en France de primo-arrivants saisonniers, en particulier dans le secteur agricole, la coopération entre ces deux organismes « privilégiera la procédure de recrutement sur des contrats anonymes permettant l'intervention d'opérateurs spécialisés en France et dans le pays d'origine, principalement les services publics de l'emploi. Cette intervention privilégiée est garante d'une sélection de main-d'œuvre adaptée aux besoins exprimés par les employeurs avec l'appui de méthodes de recrutement par simulation telles que développées par Pôle Emploi. Elle est aussi garante du retour des saisonniers dans leur pays d'origine en fin de campagne et de la lutte contre la fraude aux documents de travail et l'immigration irrégulière ».

240. La possibilité d'un partenariat avec Pôle emploi dans le cadre de la MRS semble avoir suscité l'intérêt des partenaires sociaux, qui intègrent de plus en plus cette méthode dans leur processus de recrutement au sein des accords diversité¹¹⁴⁹. L'utilisation de cette méthode s'inscrit pour les partenaires sociaux dans le cadre de l'égalité des chances et de la lutte contre les discriminations lors du processus de recrutement. Il s'agit d'une méthode qui promet le recrutement sur le fondement du seul mérite ainsi que la neutralisation des facteurs discriminatoires, en permettant par conséquent une meilleure diversité des candidats. Un autre élément positif de l'utilisation de cette méthode consiste à la sécurisation juridique. En effet, la MRS peut être appréhendée comme une garantie d'objectivité et de transparence du processus de sélection et d'évaluation des compétences lors d'un procès pour discrimination¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ Instruction du Pôle emploi n°2013-72 du 23 juillet 2013, Mobilisation de l'offre de services de Pôle emploi dans le cadre de la mise en œuvre des emplois d'avenir, (BO Pôle emploi n°87, 2 sept. 2013).

¹¹⁴⁸ Convention du 18 mai 2010 entre Pôle emploi et l'Office français de l'immigration et de l'intégration sur l'intégration et l'immigration professionnelles des étrangers.

¹¹⁴⁹ Accord du groupe Accor sur la diversité du 11 janvier 2007, Accord relatif à la diversité et l'égalité des chances à Voies Navigables de France du 2 avril 2007, accord Carrefour relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise du 1^{er} juill. 2008, accord du groupe Casino sur la responsabilité sociale d'entreprise du 18 avr. 2014, accord PSA Peugeot Citroën du 21 mai 2015, sur la diversité et la cohésion sociale, convention collective nationale des organismes de sécurité sociale du 28 juin 2016 relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances, protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caf Toulonnaise du 2 mai 2017, accord relatif à l'égalité professionnelle, la promotion de la diversité et l'égalité des chances au sein de l'UGECAM Bretagne Pays de la Loire du 14 nov. 2018.

¹¹⁵⁰ Selon la Halde, la sélection par un « test reproduisant des situations de travail » ou la MRS pourraient présenter des garanties d'objectivité suffisantes concernant l'affaire de la CA de Toulouse, 4^e ch., 2^e sect., 19 févr. 2010, *Airbus Opération SAS c. Froul Louzai*, RG n°08/06630, disponible sur le site de la Haute autorité,

241. Suivant l'esprit de partenariat, une autre méthode pour diversifier les canaux de recrutement concernant notamment mais pas exclusivement les critères les plus sensibles est celle du partenariat avec des associations dédiées à la promotion de la diversité ethnique et sociale¹¹⁵¹. Il est également possible de combiner ces différentes méthodes de recrutement comme le démontre la Convention collective nationale des organismes de sécurité sociale du 21 mars 2011 relatif à la promotion de la diversité et à l'égalité : « Afin de diversifier ses recrutements, l'organisme met en œuvre des méthodes et outils ad hoc : méthode de recrutement par simulation, CV anonyme, partenariat avec des missions locales ».

242. Enfin, une méthode de recrutement qui, à l'ère numérique, devient de plus en plus usitée est celle du recrutement par l'utilisation des algorithmes : il s'agit de la création de logiciels « dénués de tout préjugé ou stéréotype, capables de sélectionner le candidat idéal sur ses seules compétences techniques et comportementales »¹¹⁵². Toutefois, pour créer un algorithme dénué de tout préjugé, il faut nécessairement que son créateur dispose de cette qualité. Or, il existera toujours le risque que l'utilisation des logiciels conduise à ce que certains publics se trouvent éliminés de la procédure de façon automatique¹¹⁵³. En outre, même dans l'hypothèse de la création d'un logiciel garantissant une objectivité parfaite, un contrôle sera toujours nécessaire sur l'usage de ce logiciel. L'on peut en effet se demander si cette méthode ne serait pas susceptible de créer une forme de discrimination différente, une discrimination que nous pouvons nommer de « digitale/numérique »¹¹⁵⁴.

www.halde.fr, Katell Berthou, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 févr. 2010 », *RDT.*, 2010. 635

¹¹⁵¹ Les accords du groupe HSBC de 2011 et de 2018 prévoient dans les mesures visant à diversifier la source des recrutements des partenariats avec telles associations visant « à favoriser l'accès à l'emploi de jeunes diplômés issus de la diversité » ou encore participer à « des forums de recrutements dédiés à la diversité (personnes issues des quartiers sensibles) ». L'accord Peugeot-Citroën de 2015 prévoit des partenariats avec des associations soutenant les jeunes sans qualification et avec des structures locales d'insertion. L'accord du groupe Ugecam du 2018 prévoit des partenariats avec des acteurs locaux tels que CAP EMPLOI, la MISSION LOCALE « œuvrant pour le retour à l'emploi des personnes éloignées du marché du travail ».

¹¹⁵² Stéphane Béchaux, *Recruter dans la diversité. La formation, une obligation ou une chance ?*, Lab'HO observatoire des Hommes et des organisations du groupe Adecco, Mai 2018, p. 17.

¹¹⁵³ *Ibid.* V. chapitre 3.

¹¹⁵⁴ Cette discrimination concerne dans un premier temps les personnes qui ne maîtrisent pas les outils numériques pour accéder aux offres d'emploi. Cette inquiétude a déjà été exprimée concernant l'accessibilité de la loi à l'ère numérique. Sandrine Turgis, « L'accès au droit par internet. Les obligations posées par la convention européenne des droits de l'homme en matière de diffusion du droit », *AJDA*, 2015, p. 142.

Dans un deuxième temps, sont aussi concernées les personnes qui pourraient se trouver exclues en raison de l'algorithme, et donc discriminées de façon indirecte. Cette possibilité a été déjà mise en avant par des études aux États-Unis : par exemple, une étude a montré qu'une publicité automatisée, diffusée sur le réseau social Facebook et relative aux offres d'emploi dans les domaines des sciences, de la technologie, de l'ingénierie et des mathématiques était apparue avec une fréquence beaucoup plus accrue chez les hommes que chez les femmes, voir Anja Lambrecht, Catherine Tucker. « Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based

243. **Limites des mesures de recrutement.** La pratique du CV anonyme par les entreprises a révélé les faiblesses de cet instrument, ce qui explique peut-être sa désuétude ; en effet, le testing ainsi que la pratique du CV anonyme connaissent des limites. Mentionnons d'abord le fait que le testing ne peut être utilisé pour examiner les autres aspects de l'inégalité au travail qui suivent le stade de l'embauche (accès aux promotions, écart salarial, etc.). Par conséquent, même si l'anonymat des candidats permet la non-discrimination à la phase de pré-sélection, au moment des entretiens, cette protection disparaît en l'absence d'accompagnement personnalisé¹¹⁵⁵. De plus, les recruteurs, conscients de l'existence de contrôles, peuvent contourner l'examen, en choisissant une candidature issue d'une minorité au stade de la présélection sans pour autant avoir la véritable intention de l'embaucher¹¹⁵⁶. Or, il est très difficile de mettre en cause ces recruteurs, même lorsque des discriminations à l'embauche sont identifiées, comme l'a montré la campagne nationale de testing sur les discriminations à l'embauche de 2019¹¹⁵⁷. En outre, il s'agit d'une pratique qui s'applique de façon volontaire et non généralisée. Enfin, si la preuve du testing peut être recevable, elle demeure toutefois soumise à certaines conditions pour qu'elle ne soit pas considérée comme déloyale : il faut par exemple bien distinguer la provocation à la preuve de la provocation à l'infraction, cette dernière ayant pour conséquence de vicier la procédure et de rendre tout élément de preuve recueilli déloyal¹¹⁵⁸. Enfin, en matière pénale, démontrer les faits ne suffit pas : il faut également démontrer l'intention de discriminer¹¹⁵⁹. Les mêmes limites pourraient s'appliquer à la MRS : cette méthode garantit que les personnes qui passent les épreuves se présentent aux

Discrimination in the Display of STEM Career Ads. », *Social Science Research Network*, 2017, <https://ssrn.com/abstract=2852260>.

Pour le Conseil de l'Europe, l'utilisation des algorithmes dans le cadre de l'emploi pourrait constituer une menace pour les droits de l'Homme. Comme il l'explique dans une étude de 2018, l'utilisation extensive des algorithmes de traitement pourrait heurter certains droits, lorsque les données personnelles sont utilisées pour cibler certains individus, notamment en matière d'assurances ou d'emploi. Une autre difficulté relevée par l'étude concerne la source de ces données, provenant le plus souvent de plateformes en ligne. Pour le Conseil, prendre des décisions qui affectent directement l'emploi des individus sur le fondement du « savoir de la masse » est discutable, notamment lorsque l'utilisation des algorithmes restreint la capacité des employés de contester ces décisions qui semblent émaner d'une évaluation objective de leur performance.

Étude du Conseil de l'Europe préparée par le Comité d'experts sur les intermédiaires d'internet (MSI-NET), *Algorithms and Human rights, Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Conseil de l'Europe DGI (2017) 12, mars 2018, notamment p. 13 et p. 29.

¹¹⁵⁵ Sabrina Lavric, « CV anonyme : poursuite de l'expérimentation, Rép. min. n°29584, JOAN Q 16 juin 2009 », *D. act.*, 25 juin 2009.

¹¹⁵⁶ Olivier Masclat, *op.cit.*, p. 40.

¹¹⁵⁷ « La campagne nationale de testing révèle des discriminations à l'embauche sans toutefois mettre en cause les recruteurs, *actuEL RH*, 7 févr. 2020.

¹¹⁵⁸ Laurence Collet-Askri, « La Chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal... », *D.* 2003, p. 1309,

Frédéric Burnier, Brigitte Pesquié, « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques* 2007/3 n°5, p. 60-67.

¹¹⁵⁹ Laurence Collet-Askri, *op.cit.*, Frédéric Burnier, Brigitte Pesquié, *op.cit.*

entretiens, ce qui limite considérablement la prise en compte de préjudices ou stéréotypes dans la phase de la présélection mais n'affecte pas plus la sélection elle-même.

Par conséquent, les méthodes prévues par les accords diversité dans le cadre du recrutement réussissent à neutraliser les éléments susceptibles de faire l'objet d'une discrimination au stade préliminaire du processus d'embauche, mais leur spectre demeure limité pour la suite. D'où le fait qu'il soit nécessaire de mettre en place, dans un accord collectif, des mesures allant au-delà du recrutement.

B) Les mesures relatives à l'évolution de la carrière

244. En reprenant la catégorisation accomplie par la DARES sur les politiques de ressources humaines mises en avant par les accords diversité structurés par processus¹¹⁶⁰, les aspects d'emploi suivants sont abordés : le déroulement de carrière et l'évolution professionnelle notamment à travers le développement des compétences et la formation et la rémunération.

Le développement des compétences et la formation. Concernant le développement des compétences et la formation, nous pouvons distinguer deux catégories : l'accès égalitaire et sans discrimination à la formation et la formation à la diversité. En ce qui concerne l'accès égalitaire et sans discrimination à la formation, il convient de préciser que la formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale¹¹⁶¹ et le législateur a lui-même prévu des actions positives concernant certains publics cibles : les femmes et les salariés handicapés. Concernant les femmes, les art. L. 6112-1 et L. 6112-2 du Code du travail prévoient qu'« aucune distinction entre les femmes et les hommes ne peut être faite » à l'exception de « l'intervention, à titre transitoire, par voie réglementaire ou conventionnelle, de mesures prises au seul bénéfice des femmes en vue d'établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes en matière de formation. Ces mesures sont destinées notamment à corriger les déséquilibres constatés au détriment des femmes dans la répartition des femmes et des hommes dans les actions de formation et à favoriser l'accès à la formation des femmes souhaitant reprendre une activité professionnelle interrompue pour des motifs familiaux ». Les partenaires sociaux semblent soucieux de répondre à cette obligation légale et prévoient souvent dans leurs accords des mesures pour garantir l'accès égal des femmes et des hommes aux formations : prévoir des formations de courte durée, de formations dispensées pendant les

¹¹⁶⁰ À l'opposé des accords structurés par public cible ou sans structure déterminée. Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 35.

¹¹⁶¹ Art. L.6111-1 C. trav.

horaires de travail ou de formations à distance, réduire les contraintes de déplacement ou encore prendre en charge les frais de garde d'enfants de salariés parents¹¹⁶². Quant aux salariés handicapés, conformément à l'art. L.6112-3, ils peuvent bénéficier « d'actions spécifiques de formation ayant pour objet de permettre leur insertion ou leur réinsertion professionnelle ainsi que leur maintien dans l'emploi, de favoriser le développement de leurs compétences et l'accès aux différents niveaux de la qualification professionnelle et de contribuer au développement économique et culturel et à la promotion sociale ».

Certains accords prévoient des dispositions spécifiques en matière de formation visant les salariés seniors. Par exemple, dans l'accord du 13 mai 2013 relatif à la mixité et à la diversité dans les sociétés d'assurances, les partenaires sociaux prévoient des contrats de professionnalisation pour favoriser la réinsertion des salariés de 45 ans et plus privés d'emploi et un accompagnement tutoral où « les seniors volontaires, et justifiant des prérequis pour exercer un rôle de tuteur, bénéficient d'une priorité d'accès aux formations adaptées à l'exercice des missions de tuteur ».

Hormis les actions visant l'égalité quant à l'accès à la formation, l'on retrouve dans la quasi-totalité des accords des actions visant à sensibiliser les salariés, les managers et les personnes chargés du recrutement, les IRP ou encore les collaborateurs. La mesure la plus courante est la création des modules ou journées de formation obligatoires sur les thématiques de la diversité et de la non-discrimination. Par ailleurs, des actions de sensibilisation particulièrement originales, comme la sensibilisation par le théâtre de l'ensemble des cadres de la Direction des ressources humaines, ont été mises en place par le groupe Casino¹¹⁶³. La sensibilisation constitue une action transversale qui vise plusieurs étapes de la vie professionnelle des salariés : du moment du recrutement, à l'accès aux formations et à l'évolution de la carrière. Les accords mettent en général l'accent sur la sensibilisation des cadres et des managers, c'est-à-dire à la sensibilisation des personnes qui sont habituellement chargées de prendre les décisions affectant le recrutement et l'évolution de la carrière des salariés. Comme le formule l'accord du 22 juillet 2011 sur la diversité et l'équité au sein d'HSBC France, dans ce cadre, les managers se transforment en « relais et promoteurs de la Diversité et de l'intégration ». Cette formule est reprise dans leur accord sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail du 8 mars

¹¹⁶² Accord sur la diversité au sein du groupe BNP Paribas du 30 mai 2016.

¹¹⁶³ HALDE, projet avant publication, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité. Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, septembre 2006, p. 57.

2018, qui consacre pour les managers et la DRH un rôle central dans la promotion d'une culture de la diversité et de l'inclusion au sein du groupe.

245. **La rémunération.** Établir l'égalité salariale, notamment en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, est un objectif commun à la quasi-totalité des accords diversité. Il s'agit encore une fois des mesures prises pour satisfaire une prescription légale, celle de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, prévue par la loi du 23 mars 2006¹¹⁶⁴ et les art. L.3221-1 et s. du Code du travail. Comme l'art. L.3221-1 le prévoit, les dispositions relatives à l'égalité salariale s'appliquent à tous, y compris les travailleurs non régis par le Code du travail et les agents publics. Le principe est que « tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes »¹¹⁶⁵. À l'extension de cette prescription légale, le dialogue social a toujours participé aux efforts de diminution des écarts salariaux. N'est pas par conséquent surprenante l'inclusion de la thématique de l'égalité salariale au sein des accords diversité. L'art. 2241-7 prévoyait, dans sa version en vigueur du 1^{er} mai 2008 au 24 septembre 2017, que lors des négociations relatives à la révision des classifications, les partenaires sociaux doivent prendre en compte « l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de mixité des emplois. Lorsqu'un écart moyen de rémunération entre les femmes et les hommes est constaté, les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels font de sa réduction une priorité ». À la suite des ordonnances de 2017, il s'est produit un changement radical du régime de la négociation collective ; néanmoins, la thématique de l'égalité salariale constitue toujours une thématique centrale de la négociation. L'art. modifié L.2241-1¹¹⁶⁶ prévoit que « les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent, au moins une fois tous les quatre ans pour les thèmes mentionnés aux 1° à 5° et au moins une fois tous les cinq ans pour les thèmes mentionnés aux 6° et 7°, pour négocier : 1° Sur les salaires ; 2° Sur les mesures tendant à assurer

¹¹⁶⁴ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JORF n°71 du 24 mars 2006 p. 4440.

¹¹⁶⁵ Art. L.3221-2 C.tr.

Aux articles suivants, le législateur explique ce qui constitue une rémunération au sens de ce chapitre (L.3221-3 C.tr.« le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ») ainsi que ce qui constitue un travail à valeur égale (L.3221-4 C. tr. « les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse. »). Le champ géographique de la potentielle comparaison est également déterminé, il s'agit des établissements d'une même entreprise (L.3221-5 C.tr.).

¹¹⁶⁶Art. L.2241-1 C.tr. modifié par l'ordonnance n°2019-766 du 24 juillet 2019, art. 7.

l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées ainsi que sur la mise à disposition d'outils aux entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes ; [...] 6° Sur l'examen de la nécessité de réviser les classifications, en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de mixité des emplois ; [...] ». De plus, concernant les dispositions d'ordre public en matière de négociation obligatoire en entreprise, « l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans : 1° Une négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ; 2° Une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail »¹¹⁶⁷.

La préoccupation du législateur en ce qui concerne les écarts salariaux n'a cessé de croître à la suite des ordonnances de 2017, comme nous pouvons le constater avec la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel¹¹⁶⁸, laquelle a inséré un nouveau chapitre II bis au titre IV du livre 1^{er} de la première partie du Code du travail, dédié aux « mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise ». Le législateur vise clairement à transformer l'obligation de moyens en matière d'égalité salariale en une obligation de résultat : la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel créé des obligations et sanctions concrètes pour combattre les écarts salariaux. Selon le nouvel art. L.1142-8, les entreprises d'au moins cinquante salariés doivent publier « chaque année des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer, selon des modalités et une méthodologie définies par décret ». Lorsque les résultats ne sont pas satisfaisants, conformément à un seuil défini par décret, les entreprises doivent inclure dans le cadre de la négociation sur l'égalité professionnelle des mesures de correction « adéquates et pertinentes » ainsi que « des mesures financières de rattrapage salarial » (art. L.1142-9 C.tr.). À défaut d'accord, l'employeur peut déterminer unilatéralement ces mesures, après consultation du CSE. Un délai précis est imposé à l'employeur pour rectifier les écarts de salaire : il dispose de trois ans pour se mettre en conformité et « si les résultats obtenus sont toujours en deçà du niveau défini par décret, l'employeur peut se voir appliquer une pénalité financière » d'au maximum

¹¹⁶⁷ Art. L.2242-1 C. trav. modifié par l'ordonnance n°2017-1385 du 22 sept. 2017.

¹¹⁶⁸ Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, JORF n°0205 du 6 septembre 2018.

1% des rémunérations et gains (art. L.1142-10 C.tr.). Il ne s'agit pas là d'une sanction financière inédite en matière de manquement à l'égalité professionnelle, bien qu'auparavant, la pénalité ne concernait que les entreprises qui avaient omis de négocier ou, à défaut, de conclure un plan d'action en matière d'égalité professionnelle ou de rémunération¹¹⁶⁹, tandis qu'actuellement, une véritable obligation de résultat s'impose. Pour certains auteurs, l'adoption de cette loi constituait une réponse aux faibles résultats des dispositions législatives antérieures mais aussi au modeste bilan des négociations, situation résultant d'une méconnaissance de la loi par les acteurs de la négociation et à « un manque d'engagement de la part des partenaires sociaux »¹¹⁷⁰.

246. Cette théorie correspond à l'image de la DARES pour l'action des partenaires sociaux en matière de diversité¹¹⁷¹ : en utilisant les accords diversité pour répondre à des obligations légales sans aller au-delà de ce que la loi prévoit, les résultats restent limités. Par conséquent, lorsque la loi ne prévoyait qu'une obligation de moyens quant à l'égalité salariale, il n'était pas vraiment étonnant que la négociation des partenaires sociaux fût limitée à celle-ci. Nous considérons que les effets de cette nouvelle loi sur les négociations en matière de diversité seront visibles très prochainement. Une différence dans les accords conclus postérieurement à cette loi peut déjà être remarquée. Par exemple, l'accord Ugecam du 14 nov. 2018¹¹⁷² se réfère de façon extensive à la situation du groupe quant aux écarts salariaux entre les femmes et les hommes : le titre 3 relatif à la rémunération effective décrit de façon détaillée les écarts salariaux existant précédemment au sein du groupe, en précisant avoir réussi à baisser l'écart de 3 points en 2014 à 0,3 en 2016, tout en exprimant l'objectif chiffré de réduire de 2 points de pourcentage l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes exerçant des fonctions d'encadrement. Un autre accord intéressant est l'accord d'entreprise de Cars Moreau du 26 février 2019 qui, dans son article 4, précise que l'analyse des données sur la rémunération du

¹¹⁶⁹ La loi n°2010-1330 du 9 nov. 2010 et son décret n°2012-1408 du 18 déc. 2012 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes prévoyaient une pénalité pour les entreprises d'au moins cinquante salariés qui ne sont pas couvertes par un accord relatif à l'égalité professionnelle ou à défaut par un plan d'action (art. L.2242-5-1 C. trav. abrogé par l'ordonnance n°2017-1385 du 22 sept. 2017).

¹¹⁷⁰ Guillaume Santoro, « La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel : de nouvelles exigences pour l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *RDT*, 2019, p. 190.

¹¹⁷¹ En effet, conformément à l'analyse de DARES, « parmi les motivations évoquées dans le préambule des accords diversité, la principale est le respect des obligations légales » et que même « si la diversité dans sa globalité ne fait pas l'objet d'un texte de loi avec des obligations afférentes, les composantes de la diversité les plus fréquemment cités dans les accords sur la diversité font l'objet individuellement d'obligations légales ».

Hélène Garner, Magali Recoules, *op.cit.*, p. 28.

¹¹⁷² Accord relatif à l'égalité professionnelle, la promotion de la diversité et l'égalité des chances au sein de l'UGECAM Bretagne Pays de la Loire du 14 nov. 2018.

rapport sur la situation comparée entre les femmes et les hommes n'a pas démontré d'écart de rémunération injustifié, tout en s'engageant de « continuer à mener chaque année une étude des éventuels écarts de rémunération liés au genre, par catégorie professionnelle, afin de contrôler qu'il n'y ait pas de situations faisant l'objet d'un écart de classification ou de rémunération non justifié ». Dans d'autres accords, la présence de ces dispositions s'intègre plus discrètement et se limite à une référence à la loi sur l'avenir professionnel ou à l'art. L. 2242-1 dans leur préambule¹¹⁷³.

247. Nous retrouvons également d'autres mesures qui sont attachées à la thématique de l'égalité professionnelle, souvent présente au sein des accords diversité. Pensons à l'exemple des mesures visant à concilier la vie professionnelle avec la vie privée et familiale, mesures considérées indispensables par les partenaires sociaux français et européens pour assurer l'égalité professionnelle¹¹⁷⁴. Au sein des accords diversité, nous trouvons souvent des engagements relatifs à la parentalité et la conciliation de la vie professionnelle et la vie privée : les partenaires sociaux s'engagent à prendre en compte les contraintes de la vie familiale dans l'organisation du travail et à ce que les absences liées à la maladie, la maternité, la paternité et le congé parental ne soient pas préjudiciables à l'évolution de la carrière des salariés¹¹⁷⁵. Certains accords proposent des dispositifs de télétravail, en vue de faciliter cette conciliation de vie privée et de vie professionnelle¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ Accord d'entreprise Cofiroute relatif à la qualité de vie au travail, à la promotion de l'égalité des chances et de la diversité, ainsi qu'à la prévention des risques de discrimination du 24 janvier 2019.

¹¹⁷⁴ Barbara Kresal, « Work-Life Balance in Collective agreements », In *Collective bargaining developments in times of crisis*, Sylvaine Laulom (dir.), Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer, 2018, p. 213 et s.

¹¹⁷⁵ Protocole d'accord de la CPAM Creuse, relatif à la promotion de la diversité, l'égalité des chances et la conciliation vie professionnelle vie personnelle du 20 juin 2019, Accord du 29 novembre 2019 relatif à la Diversité du groupe IMA, Accord d'entreprise sur la diversité et l'inclusion de GIE BNP PARIBAS CARDIF, 16 mars 2020.

¹¹⁷⁶ Accord relatif à la qualité de vie au travail et la diversité 2019-2021 de SMACL Assurances du 1^{er} janvier 2019, Accord relatif à la promotion de la diversité et l'égalité de chances de l'UES UGC du 12 juillet 2018, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité de chances de la Caisse d'Allocations Familiales des Alpes Maritimes du 1^{er} juillet 2020, Accord relatif à la QVT, à l'égalité professionnelle et à la Diversité au sein de l'UES Batigère (2019-2021), du 24 janvier 2019, accord d'entreprise relatif à l'égalité professionnelle, la diversité et la qualité de vie au travail de la société CREDIPAR du 27 juin 2018, accord d'entreprise relatif à la diversité et au bien-être au travail de la société SFIL du 6 mars 2018. V. aussi chapitre 3.

248. **Conclusion.** La diversité peut inclure une multitude d'aspects, la liste n'étant pas exhaustive. Il incombe aux partenaires sociaux de mettre en valeur l'un ou l'autre aspect de la diversité en prenant en compte les besoins de l'établissement, de l'entreprise, du groupe ou de la branche qui les concerne. Une vigilance particulière doit être accordée aux aspects sensibles afin d'éviter que la mise en place de la diversité ne débouche sur des résultats inverses de ceux recherchés. Toutefois, nous ne pouvons pas ignorer une opportunité qui est ouverte aux partenaires sociaux par le biais de la négociation collective en matière de diversité : celle de faire progresser le droit antidiscriminatoire en incluant dans le débat autour de la diversité les discriminations multiples et l'intersectionnalité. La thématique de la diversité nous invite déjà à examiner une multitude de critères. Elle nous semble, par conséquent, la plus indiquée pour lancer ce débat, et le terrain de la négociation collective est sans doute le plus propice pour le faire avancer. En ce qui concerne les mesures pour la mise en place de la diversité, la question des actions positives demeure épineuse. Comme d'ailleurs l'emploi du concept de la diversité, les actions positives peuvent se transformer en allié pour la lutte contre les discriminations ou produire des résultats diamétralement opposés au but recherché. Le rapport de Madame Laurence Pécaut Rivolier exprime cette dualité parfaitement : « la discrimination positive ne peut pas être écartée. Elle est un outil fondamental pour aider les pratiques des entreprises qui cherchent à s'adapter, et pour l'exercice d'une certaine politique des pouvoirs publics. Mais elle ne peut pas être généralisée car ses effets négatifs en annihileraient alors probablement les apports ». Bien que nous ne puissions pas écarter les actions positives dont l'apport est indéniable (notamment en matière de handicap et d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes), leur mise en place doit s'effectuer avec attention afin de ne pas générer d'autres traitements discriminatoires et ainsi remettre en cause les effets positifs d'une telle avancée.

Partie II. Le rôle des partenaires sociaux dans l'effectivité de la diversité au travail

249. La question de l'effectivité de la diversité au travail est cruciale pour notre recherche. La diversité est souvent perçue comme un « mot-écran », sans véritable apport juridique. En outre, les critiques se multiplient lorsque la diversité n'est pas issue d'un instrument négocié mais associée à un instrument du droit souple ou un engagement qui touche à la RSE. La tâche compliquée d'attribuer une légitimité juridique au concept de diversité revient aux partenaires sociaux. Pour y parvenir, il faudra pouvoir apprécier l'effectivité juridique des différents instruments, ce qui inclut un travail tant théorique que pratique (Titre premier). En effet, les partenaires sociaux doivent être en mesure d'opérer un diagnostic et d'évaluer si les objectifs posés par ces instruments sont atteints. En outre, il faut être capable d'agir en présence du non-respect des engagements en matière de diversité (Titre second). Il faut ainsi envisager l'éventuelle sanction des manquements aux différents dispositifs de diversité ainsi que les possibilités d'action tant individuelles que collectives.

Titre 1. L'appréciation de l'effectivité juridique en matière de diversité

250. Afin d'examiner l'effectivité de la notion de diversité, il faut dans un premier temps définir la notion d'effectivité juridique, déterminer notre appréhension du terme et comment elle peut se manifester au sein des instruments employés dans le cadre de la diversité, des instruments qui, comme nous l'avons démontré dans les chapitres précédents, ne font pas toujours partie d'une normativité traditionnelle. Un examen plus approfondi des nouvelles formes de normativité nous semble, à ce stade, indispensable. L'examen d'effectivité est une étape indispensable pour l'évaluation des instruments en matière de diversité. L'effectivité juridique est intrinsèquement liée à l'objectif d'égalité réelle et effective, qui se trouve au cœur de toute démarche en matière de diversité, tous deux visant une application effective et égalitaire des règles juridiques.

Une condition préalable, pour apprécier l'effectivité d'un instrument en matière de diversité, est la possibilité d'effectuer un diagnostic. En effet, comment apprécier si les accords collectifs sont innovants et complets ou produisent des effets, en ignorant la situation existante au sein de l'entreprise, du groupe ou de la branche ? Le questionnement sur l'utilisation des éléments chiffrés doit se poser préalablement, et devrait constituer, à part une méthode de suivi, une étape préalable même à la négociation ou l'adoption d'une mesure de diversité (chapitre 6). Par conséquent, nous ne pourrions pas ne pas inclure dans notre recherche le débat sur les statistiques ethniques, un débat qui demeure toujours controversé mais qui est crucial pour avancer dans la réflexion des outils employés en matière de diversité. Pour apprécier l'effectivité d'un instrument, il faut pouvoir mesurer ses effets. Mais quel type d'effectivité est poursuivie par ces démarches ? Comment peut-on mesurer l'effectivité dans le cadre de l'internormativité accrue caractérisant les instruments de diversité ? Une analyse théorique de la notion d'effectivité est nécessaire afin de déterminer quelle est l'effectivité poursuivie par les instruments en matière de diversité, comment cette effectivité est appréciée et comment elle se manifeste à travers les initiatives des partenaires sociaux (chapitre 5).

Chapitre 5. La recherche de l'effectivité des instruments en matière de diversité

251. L'effectivité des instruments en matière de diversité est souvent mise en cause : en tant que notion floue, souvent utilisée pour des objectifs commerciaux et managériaux, la diversité apparaît comme une vitrine, dépourvue de substance réelle. Cependant, comme nous l'avons démontré au cours du chapitre précédent, il est possible de quantifier certains aspects de la diversité, opérer un diagnostic et évaluer les démarches entreprises. Par conséquent, nous pouvons également nous interroger sur l'effectivité juridique de cette notion et des instruments employés pour la mettre en place. Les partenaires sociaux semblent également conscients de l'enjeu de l'effectivité¹¹⁷⁷ : il faut, par conséquent, étudier plus en profondeur la notion et sa mise en œuvre en matière de diversité.

La notion d'effectivité juridique est polyvalente. Elle caractérise l'application de la norme juridique et s'intègre à la problématique des effets du droit. Il est possible d'en trouver de nombreuses définitions au sein des dictionnaires juridiques : « caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »¹¹⁷⁸, « caractère de ce qui existe en fait, terme appliqué à une situation dont on invoque qu'elle existe en fait »¹¹⁷⁹, « caractère de ce qui existe en fait, qualité d'une situation juridique qui correspond à la réalité, d'une compétence qui s'exerce réellement »¹¹⁸⁰, etc. Yann Leroy la définit comme « la production, par la norme juridique, d'effets compatibles avec les finalités que celle-ci poursuit, qu'il s'agisse d'effets concrets ou symboliques, d'effets juridiques ou extra-juridiques, d'effets prévus ou non, désirés ou non, immédiats ou différés »¹¹⁸¹. L'effectivité en droit peut être perçue de manière restrictive ou étendue : la conception restrictive se limite à la recherche de l'application formelle de la norme juridique, tandis que la conception étendue s'intéresse à la réalité juridique de la norme et à ses effets concrets¹¹⁸². En d'autres termes, le cadre de la conception restrictive se limite aux rapports entre le droit et l'application du droit, tandis que le cadre de la conception étendue se

¹¹⁷⁷ Par exemple, l'accord de branche relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité dans les institutions de retraite complémentaire du 19 octobre 2015 dispose d'un article 2 intitulé : « principes directeurs applicables et moyens d'action à mettre en œuvre afin d'en assurer l'effectivité ».

¹¹⁷⁸ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd, Paris, Quadrige, Puf, 2020, p. 384.

¹¹⁷⁹ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 247.

¹¹⁸⁰ Jean Salmon (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 410.

¹¹⁸¹ Yann Leroy, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011/3 (n°79), p. 715.

¹¹⁸² *Ibid.*, p. 715-732, Mathilde Frapard, *La protection négociée des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : contribution à l'étude des accords d'entreprise transnationaux*, thèse de doctorat, Strasbourg, 2016, pp. 282-283.

focalise sur les rapports entre le droit et la société¹¹⁸³. Nous choisissons d'appréhender la notion de façon étendue, afin de pouvoir incorporer tous les effets issus de la mise en œuvre de ces normes. L'objectif consiste à déterminer si la diversité est une notion effective juridiquement : pour ce faire, il faut trouver les moyens de mesurer l'effectivité des instruments qui portent sur la diversité.

252. Afin de répondre à ces questions, il convient de procéder au préalable à un travail conceptuel portant sur la qualification de la norme juridique et la recherche de son effectivité (section 1). Comme nous l'avons constaté au cours des chapitres précédents, les normes employées en matière de diversité ne suivent pas la voie traditionnelle d'une norme juridique : il s'agit d'un mélange varié, composé de textes législatifs antidiscriminatoires, d'accords collectifs de différents niveaux, d'engagements RSE... Quoique les dispositions relatives à l'égalité professionnelle, qui font souvent partie des accords diversité, bénéficient d'une effectivité juridique importante à travers les dispositions législatives contraignantes, tel n'est pas le cas pour les autres aspects de la diversité. Par conséquent, l'appréciation de l'effectivité en matière de diversité variera également. Une distinction doit être opérée entre l'effectivité juridique des instruments soi-disant traditionnels et l'effectivité des instruments *soft law*, les deux étant employés pour la mise en place de la diversité en entreprise. Par ailleurs, qui peut se porter garant pour assurer l'effectivité juridique des instruments de diversité ? Les partenaires sociaux se retrouvent à nouveau en première ligne pour mettre en œuvre les engagements pris en matière de diversité, leur implication pouvant être déterminante pour retirer les effets concrets de ces engagements, parfois abstraits (section 2).

Section 1. L'effectivité juridique sous le prisme de la normalisation classique et technique

253. Afin de pouvoir apprécier si les mesures mises en place en faveur de la diversité sont effectives, il faut préalablement déterminer en quoi consiste la notion d'effectivité juridique. En effet, la création, la production et la mise en place de normes juridiques n'aurait de sens que si ces normes produisaient certains résultats, ce qui constitue leur objectif. En premier lieu, nous allons définir la notion d'effectivité juridique (paragraphe 1), pour examiner ensuite comment cette effectivité peut être appréciée en matière de diversité (paragraphe 2).

¹¹⁸³ François Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, Paris, PUF, 1989, p. 126.

Paragraphe 1. La notion d'effectivité juridique

254. Avant de procéder à notre analyse concernant l'effectivité juridique de la notion de diversité, un travail conceptuel et linguistique est nécessaire. Dans un premier temps, il faut procéder à un travail portant sur les normes en matière de diversité : afin d'examiner leur effectivité juridique, il s'agit de vérifier si elles entrent dans le cadre d'une norme juridique traditionnelle (A). Une difficulté importante concernant l'effectivité des instruments de diversité peut être détectée quant à la nature même de la notion, floue et dépourvue de définition juridique. Cette difficulté semble poursuivre la diversité même dans le cadre des instruments juridiques contraignants avérés tels que les accords collectifs, et s'aggrave lorsque les engagements font partie d'un instrument de droit souple. D'où le fait que l'analyse des normes juridiques employées en matière de diversité constitue un préalable indispensable pour examiner leur effectivité, la validité et l'effectivité de la norme étant intrinsèquement liées¹¹⁸⁴. Par la suite, un travail conceptuel et linguistique est requis par rapport au terme même « d'effectivité juridique ». Le choix du terme « effectivité » est conscient et il convient de le distinguer d'autres termes, souvent employés indistinctement, comme « efficacité » et « efficience », qui renvoient à des notions notamment liées à des objectifs performatifs (B).

A) Effectivité et nature de la norme

255. Les normes employées en matière de diversité peuvent-elles être conçues comme des normes juridiques ? Selon Carbonnier « rien de plus rafraîchissant pour le droit, de plus propice à sa tempérance, que le doute sur lui-même [...] la règle, malgré tous les bienfaits qu'elle a apportés aux hommes, n'est peut-être pas une forme nécessaire et éternelle du droit »¹¹⁸⁵. Cette conception peut s'appliquer en matière de diversité, où la règle ne semble pas toujours être le moyen le plus effectif de sa promotion et mise en place.

Une norme juridique est avant tout une règle d'origine sociale, à distinguer des règles égocentriques d'habitude ou de conduite¹¹⁸⁶. Selon le droit dogmatique, nous sommes en présence d'une règle de droit lorsqu'un « texte émanant d'un organe constitutionnellement compétent a été régulièrement promulgué »¹¹⁸⁷. Par conséquent, l'effectivité ou l'ineffectivité

¹¹⁸⁴ François Rangeon, *op.cit.*, pp. 129-130.

¹¹⁸⁵ Jean Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 108.

¹¹⁸⁶ *Ibid*, p. 110.

¹¹⁸⁷ Jean Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, op.cit.*, p. 140.

de cette règle n'affecte pas sa nature juridique : une loi demeure une loi, même si son application n'est pas effective. Selon la sociologie juridique, cette conception est très restrictive : l'effectivité, bien qu'elle ne détermine pas en elle-même la nature d'une norme, contribue à sa qualification juridique. Selon la théorie classique des sources du droit, la qualification des normes découle d'une distinction claire entre le « juridique » et le « non-juridique »¹¹⁸⁸. Toutefois, la distinction entre les normes juridiques et les normes sociales/non-juridiques n'est pas toujours nette, notamment en raison du développement du droit souple émanant d'acteurs publics ou privés et prenant la forme de codes de conduite adoptés par les entreprises¹¹⁸⁹ : « la distinction entre le domaine juridique et le domaine non-juridique est ainsi relativisée par l'apparition de formes intermédiaires entre ces deux champs normatifs. Ces formes intermédiaires s'inscrivent dans un processus temporel de formation, d'évolution ou d'adaptation du droit qui se déroule à proximité de ce dernier »¹¹⁹⁰. Cette tendance crée des phénomènes intéressants qui sortent de la normativité classique, tels que la « factualisation du droit » ou encore la « juridicisation du non-droit »¹¹⁹¹, phénomènes qui intègrent progressivement dans l'ordre juridique des normes qui ne répondent pas aux critères traditionnels d'une normativité juridique.

256. **La norme juridique classique.** La norme juridique peut se définir comme un « énoncé sous forme de langage, incorporé à un ordre juridique et dont l'objet est soit de prescrire à des sujets de droit une obligation de faire ou de ne pas faire, soit d'habiliter des organes de l'ordre juridique à exercer certains pouvoirs selon une certaine procédure. » Elle se différencie des autres catégories de normes, telles que les normes morales, religieuses ou sociales, par trois traits qui lui sont propres : « a) elle régit, en principe les seules actions extérieures des personnes et non leur for intérieur, b) les litiges portant sur son application et son interprétation peuvent être soumises à un juge ou un arbitre, c) son caractère contraignant a pour conséquence que la violation de la norme entraîne en principe l'application d'une sanction prévue par l'ordre juridique. »¹¹⁹² Cette définition, fondée sur l'élément de la sanction, a conduit des auteurs à nier l'existence même de certaines normes, telles que les normes du droit international. Cette

¹¹⁸⁸ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 11.

¹¹⁸⁹ Philippe Gérard, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides » In *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 36.

¹¹⁹⁰ *Ibid.* p. 37.

¹¹⁹¹ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance, op.cit.*, p. 12.

¹¹⁹² Jean Salmon, *op.cit.*, p. 752.

opinion reste toutefois minoritaire et la doctrine reconnaît qu'il existe des normes maintenant leur caractère contraignant par le biais de types de sanctions différents¹¹⁹³.

257. **La norme en tant que signification d'un acte de volonté.** Selon Kelsen, la norme consiste en l'idée que « quelque chose doit être ou se produire [...] qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon »¹¹⁹⁴. Le verbe « devoir » acquiert en l'espèce plusieurs interprétations : il peut exprimer un commandement, une prohibition ou encore une permission et un pouvoir¹¹⁹⁵. Kelsen définit alors la « norme » comme « la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée » ; la norme exprime le « devoir être », ce que Kelsen appelle le *Sollen*, la signification objective de la norme ; l'acte de volonté exprime l'« être », ce qu'il appelle le *Sein*, la signification subjective de la norme¹¹⁹⁶. Par conséquent, chaque norme juridique comprend deux volets : un volet prescriptif et un volet répressif, lequel se manifeste en cas de non-respect de la norme¹¹⁹⁷. Le volet prescriptif contient le comportement édicté par la norme, tandis que le volet répressif concerne les conséquences du non-respect de cette dernière. Toutefois, l'on constate que toute violation n'est pas nécessairement suivie d'une sanction. Dans ce cas, nous retrouvons la corrélation entre la validité et l'effectivité d'une norme : « l'ineffectivité du processus répressif vient alors se substituer à l'ineffectivité de la norme prescriptive »¹¹⁹⁸.

258. **Validité et effectivité de la norme juridique.** Selon Hans Kelsen, la validité est « l'existence spécifique de la norme »¹¹⁹⁹. La première condition de la validité d'une norme tient à sa légalité et sa constitutionnalité, et se matérialise par le respect des normes supérieures à elle¹²⁰⁰. La deuxième condition est juridico-sociale et tient à l'effectivité elle-même. La validité d'une norme doit être distinguée de son effectivité : tout texte entre en vigueur avant et indépendamment de son effectivité et de son application par la suite. Toutefois, bien que Kelsen opte pour une distinction nette entre validité et effectivité, il constate une corrélation entre les deux : premièrement, la validité et l'effectivité supposent toutes deux l'acceptation de la règle

¹¹⁹³ Jean Salmon, *op.cit.*, p. 752.

¹¹⁹⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 13.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 13-14.

¹¹⁹⁷ Pierre Lascombes, Évelyne Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n°2, 1986, p. 114.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ Hans Kelsen, *op.cit.*, p. 18.

¹²⁰⁰ François Rangeon, *op.cit.*, p. 129.

par les destinataires de la norme¹²⁰¹ ; deuxièmement, la validité d'une norme nécessite la possibilité d'adopter une conduite conforme ainsi qu'une conduite non-conforme ; par conséquent, une norme n'est pas valide s'il s'agit d'une loi naturelle qui est respectée par tous ou, à l'inverse, qui exclut absolument qu'elle puisse s'appliquer¹²⁰².

De l'autre côté, une norme qui n'est jamais appliquée, qui est dépourvue de toute effectivité, tombe en désuétude et peut perdre sa validité¹²⁰³. Selon cette approche plus large, l'effectivité devient alors une condition de la validité d'une norme¹²⁰⁴. Le Professeur Rangeon clarifie davantage cette corrélation entre validité et effectivité. Selon lui « est valide une règle susceptible de produire des effets de droit ; est effective une règle qui les produit, et qui produit en outre des effets non-juridiques, à la fois matériels et symboliques »¹²⁰⁵. À l'opposé de la théorie de Kelsen, pour d'autres auteurs, tels que Alf Ross, les notions « d'effectivité » et de « validité » sont presque identiques¹²⁰⁶. Selon Alf Ross, les deux notions se correspondent et sont soumises au pouvoir d'appréciation du juge. Le juge détient le pouvoir de déterminer si une norme est valide et, par conséquent, effective. Alf Ross s'oppose clairement à la position de Kelsen. En partant du principe selon lequel l'effectivité constitue la source du droit positif, il considère que la position de Kelsen sur la validité l'éloigne de la véritable problématique sur la validité de la norme, celle de la relation entre le contenu de l'idée normative et la réalité sociale¹²⁰⁷.

Suivant le raisonnement kelsenien, le Professeur Cornu distingue l'effectivité de l'application d'une norme¹²⁰⁸ : la notion de l'application d'une norme se traduit par la reconnaissance de l'applicabilité d'une règle à une matière déterminée et l'affirmation de sa vocation à s'appliquer en ce domaine, ainsi que par l'intervention des autorités étatiques pour sanctionner le non-respect de la norme. À défaut de comportements contraires à la norme, la norme peut être effective sans être appliquée. Le Professeur Yann Leroy s'aligne sur ce point avec la théorie de

¹²⁰¹ François Rangeon, *op.cit.*, p. 130.

¹²⁰² Hans Kelsen, *op.cit.*, p. 19.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 216.

¹²⁰⁴ François Rangeon, *op.cit.*, p. 129.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 130.

¹²⁰⁶ Alf Ross, *On law and justice*, The Law book exchange Ltd., Clark, 2004, p. 34 s., François Caulet, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTD Eur.* 2012 p. 594-29.

¹²⁰⁷ « ...by making the validity an internormative relation Kelsen has at the outset precluded himself from dealing with the heart of the problem of the validity of the law- the relation between the normative idea content and the social reality. » *Ibid.*, p. 70.

¹²⁰⁸ Gérard Cornu, *op.cit.*, p. 72 et p. 384.

Kelsen et du Professeur Cornu : l'effectivité d'une norme ne se limite pas à son application, « une règle inappliquée ou inutilisée peut tout de même se révéler effective »¹²⁰⁹.

259. Les normes disposent d'un domaine de validité spatial et temporel : elles se produisent dans un espace et une période temporelle déterminés¹²¹⁰. Par exemple un accord « diversité » conclu au niveau de l'entreprise est valide pour le champ d'application géographique de cet accord, c'est-à-dire l'entreprise. L'accord peut être conclu pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée. En tout cas, un tel accord concerne les comportements futurs et n'a pas d'effet rétroactif. Les normes ont également un domaine de validité personnel, car elles visent à régler la conduite des personnes, et matériel, car elles précisent la façon dont ces personnes doivent se conduire¹²¹¹. En traduisant ces concepts dans le cadre d'une norme diversité, l'élément personnel concerne les personnes ciblées par la norme, tandis que l'élément matériel est la conduite qui est attendue de ces personnes. Suivant notre exemple, cet élément personnel se traduit très souvent par l'équipe DRH, les personnes chargées d'effectuer les recrutements, les promotions, la mise en place des actions de formation et de mobilité, les personnes qui se trouvent dans une position en lien avec la diversité au travail. Pour assurer la conduite attendue, des actions de formation et de sensibilisation sont mises en place par les accords collectifs. Quant au comportement prévu par la norme, il peut s'agir d'atteindre certains objectifs, tels que la mise en place de la parité hommes-femmes ou la mise en place des actions pour favoriser l'emploi des jeunes ou des seniors.

B) Effectivité, efficacité, efficience : la réunion des objectifs juridique et économique

260. L'effectivité est une notion relativement nouvelle, apparue comme concept de la logique juridique durant le XX^e siècle¹²¹². Le Professeur Luc Heuschling présente quatre concepts de l'effectivité. Le premier et le plus courant tient « à la réalisation, dans les pratiques sociales,

¹²⁰⁹ Yann Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2011, pp. 315-316.

¹²¹⁰ Hans Kelsen, *op.cit.* p. 20.

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 22.

¹²¹² Avant l'apparition du terme « effectivité » dans le langage juridique, les termes « impuissance » ou « désuétude » des lois, « positivité » ou « efficacité » étaient utilisés pour désigner la problématique exprimée actuellement par ce terme.

Luc Heuschling, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité » d'une norme/ du droit. Analyse des mots et des concepts », In *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité?*, sous la direction de Marthe Fatin-Rouge Stéfani, Laurence Gay, Ariane Vidal-Naquet, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 30-31, et Valérie Lasserre, « Loi et règlement - Vie des lois et des règlements » In *Répertoire du droit civil* (Dir. Éric Savaux), Dalloz, juillet 2015 (actualisation mai 2020), §218.

des règles énoncées par le droit »¹²¹³. Le deuxième s'intéresse plutôt à l'avenir, c'est-à-dire les « chances » d'effectivité d'une norme de façon prospective¹²¹⁴. Le troisième concept met en avant la mise en œuvre des principes au sein du droit positif, les principes ayant besoin d'autres normes juridiques pour être concrétisés et appliqués¹²¹⁵. Enfin, la quatrième conception s'inspire de la réception des Traités internationaux par les ordres juridiques internes ; selon ce concept, une norme est effective si elle exerce une influence et produit un changement dans le droit¹²¹⁶.

Yann Leroy met l'accent sur le « flottement terminologique » qui caractérise cette notion et, en suivant les différentes définitions existantes dans les dictionnaires linguistiques et juridiques, parvient à distinguer deux conceptions « d'effectivité »¹²¹⁷ : la conception selon laquelle « est effectif ce qui se traduit par des actes réels » et la conception selon laquelle « est effectif ce qui produit un effet ». En ce qui concerne la première conception, l'effectivité exprime une situation réalisée, accomplie, réellement applicable. En ce qui concerne la seconde, l'effectivité se manifeste à travers la production d'un effet, son étendue ou sa nature important peu. L'effectivité est souvent analysée « par contraste » à l'ineffectivité. Selon plusieurs auteurs¹²¹⁸, les juristes s'intéressent davantage à la notion de l'ineffectivité qu'à celle de l'effectivité, dans la mesure où il est plus utile de révéler les raisons de la non-application d'un texte que d'analyser une norme déjà « réussie ».

261. L'effectivité permet de mesurer les écarts entre le droit et son application dans la société. Au sein du droit européen, il s'agit d'un principe d'interprétation important de la CEDH : le principe d'effectivité exprime ainsi la recherche systématique d'une protection réelle dans ses effets, par opposition à une protection théorique et illusoire¹²¹⁹. Pour la CEDH, l'effectivité se manifeste par le biais de la consécration des notions autonomes, c'est-à-dire les notions qui figurent dans la Convention et qui « ne peuvent être interprétées par simple référence au droit interne, mais doivent être dotées d'un sens "européen" valable pour tous les États

¹²¹³ Luc Heuschling, *op.cit.*, pp. 29-30.

¹²¹⁴ *Ibid*, pp. 32-33.

¹²¹⁵ *Ibid*, p. 44.

¹²¹⁶ *Ibid*, pp. 47-48.

¹²¹⁷ Yann Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, *op.cit.*, pp. 7-11.

¹²¹⁸ François Rangeon, *op.cit.*, pp. 126-127, et Jean Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op.cit.*, p. 141.

¹²¹⁹ CEDH, 13 mai 1980, *Artico c/Italie*, req. n°6694/74, Rémy Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2017*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 229.

contractants »¹²²⁰. Elle se traduit également par le droit d'accès au juge, consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la CEDH précise que l'exigence d'effectivité implique l'absence d'entraves excessives issues du droit national ou international¹²²¹. Ce principe est également consacré au niveau du droit interne, où le droit à un recours effectif devant un juge impartial et indépendant découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de valeur constitutionnelle¹²²². Comme nous l'avons constaté dans les chapitres 7 et 8, l'accès au juge est un élément primordial pour assurer l'effectivité juridique des dispositifs de diversité.

262. Dans le droit de l'Union Européenne, le principe d'effectivité est consacré par l'art. 19 du TUE, selon lequel les États s'engagent à établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union européenne. La réalisation des normes juridiques dépend largement de l'action des acteurs nationaux ; dans le cadre de l'UE, le principe d'effectivité s'articule avec les principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime et sert à la répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne¹²²³. Le principe d'effectivité est également lié au principe du recours juridictionnel effectif et de la protection juridictionnelle effective¹²²⁴ ; il permet de préciser l'office du juge et d'assurer le respect et l'application des normes européennes par l'ordre juridictionnel national. Cet objectif se traduit par le principe « d'effet direct » consacré par la jurisprudence *Van Gend en Loos*¹²²⁵, principe qui désigne « la capacité du droit de l'Union Européenne à créer directement des droits et des obligations dans le chef des

¹²²⁰ Frédéric Sudre, Hélène Surrel, « Droits de l'homme », *Rép. internat.*, juillet 2017 (actualisation 2020), §87. Une jurisprudence abondante a précisé ces notions autonomes : CEDH, 23 févr. 1995, *Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, req. n°15375/89, CEDH, 21 févr. 1990, *Van der Leer c/ Pays-Bas*, req. n°11509/85, CEDH, gr. ch., 29 avr. 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, req. n°25088/94, CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c/ France*, req. n°15917/89, CEDH, 18 nov. 2004, *Prokopovich c/ Russie*, req. n°58255/00.

¹²²¹ Dupré de Boulois, Xavier Bioy, Laurence Burgorgue-Larsen, Pascale Deumier et al., *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2019, p. 12. Voir par exemple : CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n°6289/73, CEDH, 6 juillet 1999, *Millan i Tornes c/ Andorre*, req. n°35052/97, CEDH, 17 juillet 2012, *M.D et al. c/ Malte*, req. n°64791/10, CEDH, 30 juin 2016, *Duceau c/ France*, req. n°29151/11.

¹²²² Il s'agit d'une consécration qui émane de l'interprétation de l'article 16 par le Conseil constitutionnel, par exemple Cons. const. 16 décembre 1999 n°99-421 DC, Cons. const. 21 décembre 1999, n°99-422 DC, Cons. const. 20 février 2003, n°2003-466 DC, Cons. const. 10 juin 2004 n°2004-496 DC, Cons. const. 23 juillet 2010, n°2010-15/23 QPC.

¹²²³ François Caulet, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne », *RTD Eur.* 2012 p. 594-29, Éléonore de Duve, « L'effectivité des normes : considérations théoriques et pratiques autour du droit de l'Union, spécialement des clauses abusives » In *L'Europe en kaléidoscope, Liber Amicorum Marianne Dony*, Emmanuelle Bribosia, Nicolas Joncheray, Areg Navasartian, Anne Weyembergh (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2019, p. 346.

¹²²⁴ François Caulet, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne », *RTD Eur.* 2012 p. 594-29.

¹²²⁵ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62.

particuliers, la possibilité, ensuite, pour ces derniers d'invoquer ces droits devant le juge national et l'obligation, enfin, pour ce juge de les garantir »¹²²⁶. Une autre facette de l'effectivité du droit de l'UE est « l'effet utile », terme souvent employé par la Cour de justice pour justifier une interprétation d'un acte de l'Union, le plus souvent d'une directive, afin d'assurer que celui-ci soit interprété de façon à garantir son effet utile¹²²⁷. La recherche d'effectivité en droit de l'Union européenne pourrait se résumer à la recherche de la transposition effective des normes communautaires aux droits nationaux des États membres.

La notion d'effectivité est également très présente au niveau du droit international, définie comme le « caractère de ce qui existe en fait, terme appliqué à une situation dont on invoque qu'elle existe en fait »¹²²⁸ ou encore « caractère de ce qui existe en fait, qualité d'une situation juridique qui correspond à la réalité, d'une compétence qui s'exerce réellement »¹²²⁹. Du point de vue du droit international, l'effectivité produit des effets en droit, dans les conditions prévues par l'ordre juridique international lui-même, par exemple, l'effectivité d'un nouvel État par la reconnaissance ou l'effectivité en matière d'exercice des compétences.

263. En droit du travail, la question de l'effectivité acquiert une importance particulière, puisque les dispositifs du droit du travail dépassent les intérêts des particuliers et affectent le marché du travail lui-même, avec des conséquences socio-économiques importantes¹²³⁰. Comme l'énonce le rapport relatif à l'ordonnance du 7 avril 2016 concernant la nouvelle organisation du système d'inspection du travail, « pour mieux répondre aux exigences socio-économiques contemporaines [...] il faut pouvoir s'appuyer sur un renforcement de ses moyens d'actions et des sanctions efficaces permettant d'assurer l'effectivité des règles de base en droit du travail »¹²³¹. Outre l'analyse conceptuelle de la notion d'effectivité, une analyse linguistique est également nécessaire afin de distinguer celle-ci des notions connexes telles que l'« efficacité », l'« efficience » et la « performativité » d'une norme.

¹²²⁶ Marc Blanquet, « Effet direct du droit communautaire », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (actualisation : avril 2015), §2.

¹²²⁷ Olivier Dubos, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union Européenne », In *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Aude Bouveresse et Dominique Ritleng Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 50-51.

¹²²⁸ Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, Sirey, 1960, p. 247.

¹²²⁹ Jean Salmon (Dir.), *op.cit.*, p. 410.

¹²³⁰ Philippe Auvergnon, « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », In *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions : actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Philippe Auvergnon (dir.), Bordeaux, COMPTRASEC, 2006, pp. 8-9.

¹²³¹ Ministère du travail, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail, *JO* 8 avr. 2016, n°83.

264. **Effectivité et efficacité.** La distinction entre effectivité et efficacité est très subtile, les deux notions étant souvent utilisées de manière interchangeable¹²³². La traduction française de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen n'opère pas de distinction entre les deux. Selon Kelsen, une norme est « efficace » ou « effective » lorsqu'une sanction est attachée à la condition d'une certaine conduite ; l'efficacité se traduit soit par l'application de la sanction prévue, soit par la manifestation de la conduite qui évite la sanction de la part des sujets de cette norme¹²³³. Ainsi, un acte juridique efficace désigne tout simplement un acte juridique « dont les normes sont réceptionnées au sein de l'ordre juridique »¹²³⁴.

Pour d'autres auteurs, il s'agit d'opérer une distinction nette entre effectivité et efficacité juridique : la notion d'efficacité, d'origine économique, procède d'une perspective utilitariste ; à l'opposé, l'effectivité se focalise sur les résultats sans nécessairement s'intéresser aux raisons pour lesquelles une norme est ou n'est pas respectée¹²³⁵. Les auteurs semblent s'accorder sur la définition de l'efficacité, une définition focalisée sur les résultats concrets. Pour la Professeure Caroline Pelletier, la notion d'efficacité est plus large que celle d'effectivité : l'effectivité constitue le caractère d'une règle de droit qui produit des effets concrets, tandis que l'efficacité « relève d'une appréciation a posteriori des résultats réels de la norme, de ses effets concrets » et implique également « les effets voulus par l'auteur de la norme »¹²³⁶. De la même façon, le Professeur Christophe Mincke considère que « l'efficacité est une qualité attribuée à une loi au terme d'un jugement sur l'adéquation du moyen qu'elle représente à la fin qu'elle est supposée servir », c'est-à-dire l'adéquation entre les effets constatés et les buts poursuivis par le législateur¹²³⁷. Pour Yann Leroy, l'efficacité juridique est une notion définie par tous les dictionnaires, sa définition est par conséquent marquée par la controverse caractérisant les tentatives de définition de la notion d'effectivité¹²³⁸. L'efficacité désigne « ce qui produit l'effet

¹²³² Par exemple, Eisenman, traducteur de Hans Kelsen utilise sans distinction les deux mots dans l'ouvrage *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999.

¹²³³ Hans Kelsen, *op.cit.*, p. 19.

¹²³⁴ Clément François, *L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique*, Thèse, Paris, LGDJ, Lextenso, 2020, p. 99.

¹²³⁵ François Rangeon, *op.cit.*, pp. 127-128.

¹²³⁶ Caroline Pelletier, « Le juge civil et l'efficacité de l'acte normatif », in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, sous la direction de Petra Hammje, Laetitia Janicot et Sophie Nadal (dirs.), Paris, Lextenso éditions/LEJEP, 2013, p. 165.

¹²³⁷ Christophe Mincke, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1998/1 (Volume 40), pp. 132-133

¹²³⁸ Yann Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, *op.cit.*, pp. 191-192.

attendu ou ce qui atteint son but »¹²³⁹, « ce qui produit son effet »¹²⁴⁰ et s'entend « de son aptitude à procurer le résultat en vue duquel il a été conçu et fabriqué »¹²⁴¹.

Actuellement, la notion d'efficacité juridique s'aligne sur celle de l'efficacité économique, notamment dans le domaine du droit de travail ; Yann Leroy met plus particulièrement l'accent sur la recherche d'adaptabilité de la norme juridique à la réalité socio-économique ; une règle juridique est alors considérée efficace si elle peut se diversifier, évoluer et s'adapter aux changements économiques et sociaux¹²⁴². De plus, le souci de l'efficacité économique devient désormais le motif ou le déclencheur de l'adoption d'une règle de droit¹²⁴³ ou encore, l'efficacité économique elle-même est érigée en règle de droit¹²⁴⁴ ; ceci se réalise soit par l'intégration de l'efficacité économique dans l'énoncé de la règle de droit, soit en se transformant en une véritable exigence juridique. Pour aller encore plus loin, l'efficacité économique devient également un instrument de comparaison des différents systèmes juridiques¹²⁴⁵. Par exemple, le droit du travail français a été maintes fois jugé inefficace dans les différents rapports des organismes internationaux, étant considéré comme moins flexible par rapport aux droits anglo-saxons¹²⁴⁶. Cette conception de l'objectif d'une meilleure efficacité économique s'accorde avec les évolutions récentes en droit du travail ; on s'éloigne de la logique de généralisation des règles de droit ; on s'intéresse à la décentralisation de la production normative et à la flexibilité, ce qui s'accomplit à travers le passage d'un pouvoir normatif d'origine législative et réglementaire à un pouvoir conventionnel, puis à un pouvoir normatif d'origine technique. La primauté accordée à la négociation collective et aux accords collectifs démontre cette tendance d'adapter les règles juridiques à la réalité économique et sociale. Cette conception est également omniprésente dans les dispositifs de la diversité, où l'argument de la performativité économique constitue l'une des motivations principales pour négocier ou adopter une politique de diversité.

¹²³⁹ A. Rey (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, 1995, p. 664.

¹²⁴⁰ Émile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Gallimard-Haccette, 1964, p. 487, Yann Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 191.

¹²⁴¹ Antoine Jeammaud, « Le concept d'effectivité du droit » In *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Philippe Auvergnon (dir.), Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRASEC, 2006, p. 49.

¹²⁴² Yann Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail, op.cit.*, pp. 193-194.

¹²⁴³ Cécile Pérès, « Rapport introductif », In *L'efficacité économique en droit*, Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier, Cécile Pérès (dirs.), Paris, Ed. ECONOMICA, 2010, p. 11.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, pp. 12-14.

¹²⁴⁵ Yves-Marie Laithier, « Le droit comparé et l'efficacité économique », In *L'efficacité économique en droit*, Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier, Cécile Pérès (dirs.), Paris, Ed. ECONOMICA, 2010, p. 60.

¹²⁴⁶ V. chapitre 6.

265. Le terme « efficacité » est souvent employé par les partenaires sociaux dans les préambules des accords diversité, l'efficacité étant présentée comme un objectif mais aussi un résultat performatif des démarches diversité. Cependant, dans les différents instruments en matière de diversité, les partenaires sociaux optent pour l'interprétation managériale de l'effectivité liée à la notion de la performance¹²⁴⁷ et ne prennent pas véritablement en compte les distinctions doctrinales juridiques présentées ci-dessus. Par exemple, selon le préambule de l'accord relatif à l'égalité professionnelle, à la Santé et à l'amélioration de la Qualité de Vie au travail de l'Association de Sauvegarde de l'Enfant, de l'Adolescent et de l'Adulte des Yvelines du 8 avril 2020 : « Les partenaires sociaux affirment, par le présent accord, leur volonté d'inscrire le principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les relations individuelles et collectives du travail. Ils sont conscients et convaincus que la mixité et la diversité dans ses équipes sont des éléments indispensables à son succès et qu'ils constituent de véritables facteurs d'efficacité et de modernité. »

Des formules similaires peuvent être retrouvées dans plusieurs accords : « Convaincues que la Diversité constitue un facteur d'efficacité, de productivité, de modernité et d'innovation pour la société SD Calberson, la Direction et les organisations syndicales représentatives avaient conclu, le 2 mars 2017, un accord à durée déterminée sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »¹²⁴⁸ ou encore « Convaincue que la mixité et la diversité constituent de véritables facteurs d'efficacité, d'équilibre social et d'innovation au sein de l'Association, la direction de l'Association a décidé de prendre des engagements relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. »¹²⁴⁹ Il s'agit plutôt de la consécration des objectifs performatifs que de la recherche d'une effectivité au sens juridique. En revanche, cet effort d'effectivité juridique se retrouve au sein de l'ANI sur la diversité et des différents accords de branche incitant les partenaires sociaux à négocier en matière de diversité. L'effectivité juridique se manifeste par la conclusion et l'adoption d'accords collectifs au niveau de l'entreprise¹²⁵⁰.

¹²⁴⁷ V. chapitre 1er.

¹²⁴⁸ Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la qualité de vie au travail de la société SD CALBERSON du 12 février 2020.

¹²⁴⁹ Accord d'entreprise relatif à la rémunération, au temps de travail, au partage de la valeur ajoutée, à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés du BTP CFA PROVENCE ALPES COTE D'AZUR du 15 janvier 2020.

¹²⁵⁰ Selon l'étude de la DARES, « même si le nombre d'accords portant sur la diversité reste faible sur l'ensemble de ces 6 années, nous observons une tendance à la hausse du nombre d'accords signés tout au long de la période étudiée ». Hélène Garner, Magali Recoules, *Égalité, diversité, discrimination : Étude de 80 accords d'entreprise sur la Diversité*, DARES, n°182, juin 2014, p. 10.

266. **Effectivité et efficience.** Quant à l'efficience, il s'agit d'une notion relativement récente qui met l'accent sur l'aspect gestionnaire du droit ; elle consiste à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints au meilleur coût¹²⁵¹ et ne s'intéresse pas, par conséquent, au fait que les autres objectifs de la norme soient atteints. À l'opposé de l'efficacité et de l'effectivité, notions pour lesquelles la nature de la fin poursuivie n'est pas prédéterminée, l'efficience désigne un objectif clairement économique, la rentabilité économique de la loi¹²⁵² ; une norme est efficiente si elle produit ses effets à moindre coût¹²⁵³. Sous ce prisme, la notion d'efficience s'aligne sur celle d'efficacité économique. Deux aspects de l'élaboration de la norme sont concernés : le coût de l'adoption de la norme et les coûts de sa mise en œuvre¹²⁵⁴. Pour évaluer si une norme est efficiente, il faut par conséquent mettre en balance les coûts et les bénéfices qu'on peut en tirer. Cependant, l'efficience demeure un instrument de gestion et ne peut constituer l'élément d'évaluation principal d'une norme juridique¹²⁵⁵. Enfin, la notion de performativité¹²⁵⁶ correspond aux actes de langage exerçant une forme de pouvoir ; la réussite ou l'échec d'un acte dépend de procédures institutionnalisées, de type juridique. Nous n'optons pas pour l'utilisation de ce terme, qui fait écho aux objectifs de performance que l'on retrouve dans le milieu managérial¹²⁵⁷.

267. Pour notre étude, nous avons opté pour la notion d'effectivité juridique, sachant aussi que la conception étendue de l'effectivité présente le plus d'intérêt pour notre analyse pour la raison suivante : nous souhaitons déterminer si les instruments employés en matière de diversité sont efficaces, ce qui implique que nous examinons si ces accords parviennent à atteindre l'objectif final, celui d'améliorer la diversité de la main d'œuvre au niveau sectoriel, du groupe ou de l'entreprise. Nous mettons l'accent sur la mise en œuvre concrète et le suivi des démarches entreprises par les partenaires sociaux en matière de diversité. Nous avons pu constater que cette définition élargie de l'efficacité se rapproche de la conception étendue de

À la suite de notre recherche et des données disponibles dans la liste d'accords fournie par Légifrance, nous pouvons confirmer que depuis la fin de l'enregistrement des accords par la DARES (le 31 décembre 2011), il y a effectivement eu une hausse dans la production des accords collectifs qui traitent, directement ou indirectement, de la diversité.

¹²⁵¹ François Rangeon, *op.cit.*, p. 127.

¹²⁵² Christophe Mincke, *op.cit.*, p. 132.

¹²⁵³ Cécile Pérès, *op.cit.*, p. 9.

¹²⁵⁴ Christophe Mincke, *op.cit.*, pp. 134-135.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 137.

¹²⁵⁶ Il s'agit d'une théorie développée durant les années 1950 par J.L. Austin. Jean-Jacques Fraimout, « Performativité et efficacité de l'acte juridique », in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, sous la direction de Petra Hammje, Laetitia Janicot et Sophie Nadal (dirs.), Paris, Lextenso éditions/LEJEP, 2013, pp. 75-78.

¹²⁵⁷ V. chapitre 1^{er}.

l'effectivité, soutenue par les Professeurs Yann Leroy et François Rangeon¹²⁵⁸. Après avoir défini l'effectivité d'une norme juridique, envisageons maintenant les moyens nécessaires pour pouvoir l'apprécier.

La doctrine s'est maintes fois interrogée sur l'effectivité du droit du travail, notamment à la suite des nouvelles réformes, qu'il s'agisse par exemple de l'effectivité de l'intervention de l'inspecteur du travail¹²⁵⁹, de l'effectivité de la dernière restructuration des branches professionnelles¹²⁶⁰ ou encore de l'effectivité des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations¹²⁶¹. En matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'effectivité se trouve au cœur des préoccupations du législateur, qui vise à établir une égalité réelle¹²⁶². Comme les différentes lois sur l'égalité professionnelle l'ont démontré, l'effectivité en la matière est mieux assurée par la voie conventionnelle¹²⁶³, d'où l'obligation légale de négociation en la matière et la pénalité infligée aux entreprises qui ne parviennent pas à être couvertes par un accord collectif ou, à défaut, par un plan d'action. En revanche, l'effectivité n'est pas toujours assurée pour toutes les facettes de l'égalité. Par exemple, concernant le principe « à travail égal, salaire égal »¹²⁶⁴, le Professeur Christophe Radé remarque l'effectivité du contrôle exercé par les juges sur les justifications patronales des inégalités salariales, tout en constatant l'ineffectivité du droit de saisir le juge pour contester les inégalités salariales : dans un arrêt de la Chambre sociale du 20 février 2008¹²⁶⁵, la Cour de cassation refuse d'admettre la nullité du licenciement du salarié à la suite d'une saisine du juge sur le fondement du principe

¹²⁵⁸ Yann Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, op.cit., et François Rangeon, op.cit., 1989.

¹²⁵⁹ Philippe Auvergnon, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *Dr. soc.*, 1996, p. 598.

¹²⁶⁰ Jacques Barthélémy, Gilbert Certe, Gépy Koudadje, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », *Dr. soc.*, 2020, p. 455.

¹²⁶¹ La question de l'effectivité est notamment abordée au sujet de la preuve des discriminations. Voir par exemple Cécile Michaud, « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S*, n°46, 13 nov. 2012, p. 1481 : « Si les efforts déployés pour prévenir les discriminations sont à encourager, l'effectivité même des dispositifs de lutte contre les discriminations semble subordonnée à l'efficacité des règles relatives à la preuve de ces discriminations. »

V. aussi Anne Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *La Revue des droits de l'homme*, 9 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, consulté le 05 octobre 2020.

¹²⁶² Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

¹²⁶³ Michel Miné, « Mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *RDT*, 2013, p. 109.

¹²⁶⁴ Principe d'égalité de rémunération consacré par la jurisprudence Cass. soc. 29 octobre 1996, *Ponsolle*, *Bull.civ.* V, n°356, *GADT*, n°68, p. 253, Antoine Lyon-Caen, « De l'égalité de traitement en matière salariale : à propos de l'arrêt Ponsolle. Cass. soc. 29 octobre 1996 », *Dr. soc.*, 1996, p. 1013, Antoine Lyon-Caen, « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT*, n°1, 2006, p. 16, Christophe Radé, « Variations autour de la justification des atteintes au principe « à travail égal, salaire égal » », *Dr. soc.*, 2009, p. 399.

¹²⁶⁵ Cass. soc. 20 février 2008, n°06-40.085, *D.* 2008, p. 790, n°05-45.601, *D.* 2008, p. 696.

Christophe Radé « De l'effectivité du principe « à travail égal salaire égal ». Cass. soc. 20 février 2008 », *Dr. soc.*, 2008, p. 530.

d'égalité salariale, la protection de la nullité de licenciement à la suite d'une action en justice étant limitée par l'article L.1144-3 du Code du travail aux dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

En ce qui concerne la diversité, son caractère flou empêche d'examiner en soi son effectivité : certains auteurs proposent ainsi de mettre à l'écart la diversité et d'examiner plutôt la discrimination positive qui « revêt une effectivité juridique puisqu'il s'agit d'une norme créant une différence de traitement visant à favoriser une catégorie déterminée d'individus au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité réelle entre ces deux catégories »¹²⁶⁶. Selon nous, l'examen de l'effectivité de la diversité est possible lorsqu'on examine l'effectivité des instruments qu'elle emploie comme support : les accords collectifs et les instruments du droit souple.

Paragraphe 2. L'appréciation de l'effectivité juridique sous le prisme de l'internormativité

268. « La distinction entre le domaine juridique et le domaine non-juridique est relativisée par l'apparition de formes intermédiaires entre ces deux champs normatifs. Ces formes intermédiaires s'inscrivent dans un processus temporel de formation, d'évolution ou d'adaptation du droit qui se déroule à proximité de ce dernier »¹²⁶⁷. Cela se manifeste avec encore davantage d'intensité dans le domaine du droit du travail, où l'interdisciplinarité et l'internormativité sont inévitables et les évolutions, constantes. Jean Carbonnier définit l'internormativité comme des rapports qui se nouent et se dénouent entre les normes juridiques et les autres systèmes normatifs ; des rapports qui sont autonomes et créent des phénomènes dits d'« internormativité » relevant de la sociologie juridique¹²⁶⁸. Cet ensemble hétéroclite de normes qui coexistent nous amène au constat suivant : les territoires disciplinaires ne sont plus délimités nettement, de plus en plus de thématiques nécessitent une complémentarité ou sont, en elles-mêmes, transversales¹²⁶⁹ et cette interdisciplinarité affecte directement la manière d'appréhender le droit et son effectivité. En conséquence, il nous paraît indispensable

¹²⁶⁶ Emmanuel Aubin, « Fonction Publique : contentieux du recrutement – contentieux de l'égalité d'admissibilité », *Rép. cont. Adm.*, juin 2014, §75.

¹²⁶⁷ Philippe Gérard, *op.cit.*, p. 37.

¹²⁶⁸ Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, LGDJ, 2014 (réédition 2^e éd.1995), p. 147.

¹²⁶⁹ Charlotte Karila-Vaillant donne l'exemple des risques psycho-sociaux, qui se situent à la frontière entre droit social, gestion des ressources humaines et gestion des risques.

Charlotte Karila-Vaillant, « Le management juridique : contours, spécificités et bonnes pratiques », In *Penser les relations du droit et des sciences de gestion. Quelle formation juridique pour les managers du XXI^e siècle?*, Gaëlle Deharo, Xavier Struber (dirs), Paris, Dalloz, 2014, pp. 35-37.

d'apprécier l'effectivité juridique des normes en matière de diversité sous le prisme de l'internormativité, ceci nous permettant de percevoir les phénomènes juridiques d'une manière plus globale, en incluant leur dimension sociale¹²⁷⁰.

Pour pouvoir qualifier une norme d'« effective », il faut pouvoir, dans un premier temps, trouver les moyens de l'appréhender. Pour y parvenir, nous sommes tenus de passer par des éléments quantifiables, comme nous le constaterons au cours du chapitre suivant. Ce passage s'accompagne par une mise en avant d'un type de normativité qui, a priori, est très différent de la normativité juridique classique. Il s'agit de la normativité technique, qui apparaît de plus en plus dans l'ordre juridique et qui, selon nous, représente bel et bien un exemple de factualisation du droit (A). De la même façon, il est possible de remarquer une délégation normative au profit des normes dites « souples » ou de *soft law*, normes qui disposent d'une certaine force normative tout en étant dépourvues de légitimité organique. Lorsque l'on aborde ce domaine, le paradigme change : de la vision pyramidale des sources de droit, l'on passe au paradigme du réseau, où « les frontières du fait et du droit se brouillent et les pouvoirs interagissent »¹²⁷¹. Ces normes sont très présentes en matière de diversité, comme nous avons déjà pu le constater, et la question de leur qualification et de leur effectivité est à l'origine de nombreux débats doctrinaux (B).

A) Le passage de la normalisation classique à la normalisation technique

269. « Aborder la sphère de la normalisation, c'est d'abord s'intéresser à un monde parallèle, celui dans lequel les acteurs économiques s'accordent pour définir des « normes » qui leur serviront de référence tout en étant pourtant qualifiées de volontaires »¹²⁷². La normalisation désigne, d'une manière générale, « la réglementation d'un grand nombre de problèmes dans tous les domaines de la pensée et de l'activité humaines, afin de réaliser un ordre précis, logique et harmonieux »¹²⁷³. A priori, les normes techniques ne constituent pas des normes juridiques puisqu'il s'agit de normes élaborées par des acteurs privés dans un souci d'auto-organisation et d'harmonisation des échanges, sans prétention de devenir juridiquement contraignantes.

¹²⁷⁰ Jacques Chevallier, « L'internormativité », In *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 690.

¹²⁷¹ François Ost, Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 14.

¹²⁷² Delphine Misonne, « La normalisation technique », In *Les sources du droit revisitées, Volume 1 : normes internationales et constitutionnelles*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), vol.1, Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 495.

¹²⁷³ Jacques Maily, *La normalisation*, Paris, Dunod, 1946, p. 16.

Toutefois, il est possible d'observer que la normalisation s'est continuellement étendue à de nouveaux domaines et a développé des potentialités de plus en plus juridiques¹²⁷⁴. En raison de la popularité accrue de l'instrument du Label Diversité, il nous semble incontournable de traiter la normalisation technique et d'envisager sa place dans l'ordre juridique ainsi que l'effectivité de ses instruments.

270. **La normalisation technique.** La normalisation technique est conçue comme « un moyen d'accroître et d'améliorer la production, d'augmenter le rendement des outillages et d'obtenir en même temps qu'une réduction des stocks, l'abaissement du prix de revient »¹²⁷⁵. En effet, la normalisation technique est directement liée à la question de l'effectivité, présentée comme un « moyen efficace pour favoriser l'accroissement de la production dans le domaine industriel »¹²⁷⁶. La normalisation technique se réfère à la création de plus en plus répandue des normes techniques, dénuées de force juridique. L'International Standards Organisation (ISO) fournit une définition des éléments constitutifs d'une norme technique : « une norme est un document établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné »¹²⁷⁷.

271. Il s'agit de l'exemple, en France, du Label Diversité, label piloté par l'État et mis en œuvre par l'AFNOR : selon les données actuelles, 112 organismes sont titulaires du Label Diversité, dont de grands groupes et de petites et moyennes entreprises, des associations, des ministères, des collectivités territoriales et des établissements publics, couvrant plus d'1,3

¹²⁷⁴ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : le droit de la gouvernance*, *op.cit.*, p. 356.

¹²⁷⁵ Jacques Maily, *op.cit.*

¹²⁷⁶ Nous pouvons relier la naissance de la normalisation technique en France au décret du 10 juin 1918 instituant la « Commission permanente de standardisation », suivi par la création de l'Association française de normalisation (AFNOR) le 22 juin 1926, officialisée par l'arrêté ministériel du 31 octobre 1928¹²⁷⁶. Cette organisation mettait l'accent sur l'initiative privée : les normes ne peuvent être imposées, seule la bonne volonté pouvait être invoquée pour l'élaboration des normes et pour leur application¹²⁷⁶. L'État n'intervient dans ce processus qu'à partir du décret du 12 novembre 1938, reconnaissant que « la normalisation des produits industriels apparaît comme un des moyens les plus efficaces de réaliser le relèvement de l'efficacité du travail »¹²⁷⁶. D'un côté, la nécessité des subventions pour la réalisation des normes techniques et, de l'autre, le besoin accru d'efficacité (notamment durant cette période d'avant-guerre) ont rendu nécessaire l'intervention des pouvoirs publics, même si sur le fond, celle-ci demeure limitée. À l'époque, la normalisation faisait partie de la préparation économique à la guerre et aux pertes induites par cette dernière¹²⁷⁶. La loi du 24 mai 1941 et le décret d'application du même jour consacrent le statut réglementaire de la normalisation.

Jacques Maily, *op.cit.*, p. 28, p. 157, pp. 164-166, p. 203.

¹²⁷⁷ Guide ISO CEI – Norme NF X 03-100, v. aussi Lucie Cluzel-Métayer, « La normalisation technique », in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Petra Hammje, Laetitia Janicot et Sophie Nadal, (dirs.), Paris, Lextenso éditions/LEJEP, 2013, pp. 189-190.

million d'actifs¹²⁷⁸. L'AFNOR constitue effectivement un organisme reconnu en matière de normalisation, et le cahier des charges pour l'obtention du Label Diversité comprend les règles et lignes directrices pour atteindre les objectifs souhaités en matière de diversité. Des audits portant sur différentes thématiques relatives à la diversité¹²⁷⁹ visent à dynamiser la lutte contre les discriminations. Pour Madame Valérie Lasserre, la normalisation en matière de diversité contribue à l'émergence d'une valeur et constitue, en quelque sorte, « un auxiliaire de l'expression normative » au soutien ou au complément de la législation sur la prohibition des discriminations¹²⁸⁰. Nous pouvons nous interroger sur le fait que la diversité se rattache au marché comme une norme technique. L'intégration du concept de diversité dans la normalisation technique peut être analysée comme un mécanisme de régulation sociale qui, pour certains, dépasse le statut de l'infra-droit, se transforme en phénomène interne à l'ordre juridique et est, comme tel, soumis à contrôle¹²⁸¹. D'un point de vue normatif mais aussi d'un point de vue pratique, le Label et le concept même de diversité servent à pallier certaines carences législatives et promouvoir certaines valeurs. D'un autre côté, du point de vue de l'effectivité juridique, nous pouvons nous interroger sur les résultats ainsi que les véritables objectifs de certains acteurs : obtenir le Label constitue-t-il un effort visant à faire véritablement évoluer la gestion de la diversité en entreprise ? Ou s'agit-il d'un moyen de secours lorsque l'entreprise ne parvient pas à affronter certains aspects de discrimination, tels que ceux fondés sur l'origine ? La diversité pallie certaines carences mais s'agit-il de la meilleure solution ?

272. Il est également possible de constater que ces normes dépassent parfois leur rôle initial et se transforment en véritables instruments régulateurs, créateurs d'obligations : il s'agit d'une migration de l'espace de la technique vers l'espace du droit, migration qui se manifeste à différents niveaux, qu'il s'agisse du droit international et européen (l'UE rendant indispensable l'application de certains standards), du droit interne (avec l'exemple du cahier de charges imposé dans le cadre des marchés publics) ou encore des décisions des juges, qui prennent de plus en plus en considération ces normes comme indices pour procéder à l'évaluation des responsabilités de certains acteurs¹²⁸². L'UE a adopté certaines directives et règlements en la matière et propose une définition de la « norme technique » au sein du droit de l'UE : « On

¹²⁷⁸ Label Diversité, <http://travail-emploi.gouv.fr/emploi/developpement-de-l-emploi/label-diversite>, mise à jour 31 mars 2020.

¹²⁷⁹ Il s'agit des thématiques telles que le recrutement, l'évolution professionnelle, l'implication des partenaires sociaux, l'évaluation des actions.

¹²⁸⁰ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : le droit de la gouvernance*, *op.cit.*, p. 270.

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² Delphine Misonne, *op.cit.*, p.496.

entend par «norme», une spécification technique¹²⁸³, approuvée par un organisme reconnu de normalisation, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes: a) «norme internationale», une norme adoptée par un organisme international de normalisation; b) «norme européenne», une norme adoptée par une organisation européenne de normalisation; c) «norme harmonisée», une norme européenne adoptée sur la base d'une demande formulée par la Commission pour l'application de la législation d'harmonisation de l'Union; d) «norme nationale», une norme adoptée par un organisme national de normalisation »¹²⁸⁴.

Par conséquent, les théories classiques de la normativité semblent peu adaptées à la réalité juridique actuelle et, bien que les théoriciens classiques du droit aient posé les fondements de la définition de la norme juridique, se limiter à ces théories semble insuffisant dans le cadre de notre étude, notamment en raison du fait que nous nous interrogeons sur la diversité.

273. Distinction entre norme juridique et norme technique. Une première différence entre la norme juridique et la norme technique réside dans les créateurs de la norme. La norme juridique est élaborée de façon unilatérale, par un acteur distinct du destinataire de la norme, tel que le législateur ou le gouvernement. D'autre part, la norme technique est un acte multilatéral qui associe de manière directe ses destinataires¹²⁸⁵; la création de la norme technique suppose le recueil de l'avis des principaux intéressés, la négociation et le consensus des parties intéressées. Les destinataires de la norme peuvent par conséquent participer directement à son élaboration ou encore choisir d'y adhérer ultérieurement. Cette association des destinataires à l'élaboration de la norme n'est pas sans poser des difficultés et susciter des critiques, concernant notamment la représentation de l'ensemble des parties intéressées au sein des instances de normalisation: les grandes entreprises multinationales sont par exemple beaucoup plus représentées par rapport aux PME, ce qui aboutit à des normes plus adaptées à leurs besoins¹²⁸⁶. Ainsi, nous pouvons nous interroger sur la neutralité du processus et la légitimité des parties

¹²⁸³ Art. 2. 4) «spécification technique», un document qui prescrit les exigences techniques à respecter par un produit, un processus, un service ou un système, art. 2.4) du Règlement (UE) n°1025/2012, voir infra.

¹²⁸⁴ Règlement (UE) n°1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision n° 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, art. 2.1).

¹²⁸⁵ Lucie Cluzel-Métayer, *op.cit.*, pp. 192-193.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 193.

prenantes : des débats politiques, des stratégies étatiques ou la concurrence industrielle peuvent influencer sur l'élaboration d'une norme technique¹²⁸⁷.

Toutefois, la principale différence entre une norme juridique classique et une norme technique repose sur l'impérativité. Une norme juridique est contraignante, obligatoire, prescriptive, tandis qu'une norme technique est incitative et n'exprime qu'un impératif conditionnel qui présuppose le consentement du destinataire¹²⁸⁸. En effet, il s'agit d'une norme volontaire « à double titre » : d'un côté, en raison du fait que le respect de la norme n'est pas obligatoire et de l'autre côté, parce que la décision de s'engager dans le processus d'élaboration d'une norme résulte aussi, en principe, du libre choix des membres de l'organisme de normalisation, rien ne les obligeant à s'engager ou non dans cette démarche¹²⁸⁹. Toutefois, il ne s'agit pas de deux types de normes opposées, mais plutôt de normes complémentaires, le droit se servant de plus en plus de normes techniques pour évaluer ou compléter les « vides » des normes juridiques¹²⁹⁰. Nous sommes en présence d'une déréglementation qui offre aux acteurs une autonomie large, mais en même temps régulée par les demandes de la société civile¹²⁹¹. En effet, le moteur du processus de l'élaboration d'une norme technique n'est pas nécessairement technique ou économique mais peut très bien être juridique, notamment lorsque l'autorité publique se trouve à l'initiative de ce processus en sollicitant l'agence de normalisation et lui confiant la tâche d'élaboration des normes correspondant à un cahier des charges qu'elle impose¹²⁹².

274. L'UE s'est servie de ce processus en confiant des mandats à des instituts de normalisation dans un objectif d'harmonisation des normes relatives à la compatibilité de produits, à la santé, à la sécurité et à l'environnement : la norme produite conserve son caractère volontaire, son application est optionnelle mais « son respect crée une présomption de conformité à l'exigence essentielle fixée par le législateur européen, et donc une garantie de libre circulation sur le marché européen »¹²⁹³. Par conséquent, bien que les destinataires aient le choix d'appliquer une autre norme, avec des exigences équivalentes à celles proposées par l'institution de normalisation mandatée en ce sens, la mise à l'écart d'une norme déjà validée

¹²⁸⁷ Valérie Lasserre, *op.cit.*, p. 356.

¹²⁸⁸ Lucie Cluzel-Métayer, *op.cit.*, pp. 190-191.

¹²⁸⁹ Delphine Misonne, *op.cit.*, p. 500-501.

¹²⁹⁰ Lucie Cluzel-Métayer, *op.cit.*, p. 191.

¹²⁹¹ Gérard Farjat, « L'éthique et le système économique, une analyse juridique », In *L'éthique dans les Relations économiques Internationales : en hommage à Philippe Fouchard : colloque*, Alexandrie, 28 avril 2005, Ahmed El Kosheri (dir.), Paris Pedone, 2006, p. 33.

¹²⁹² Delphine Misonne, *op.cit.*, p. 501.

¹²⁹³ *Ibid.*, p. 503.

par le législateur européen ne constituerait qu'un risque inutile. Ainsi, une norme technique qui, a priori, ne pourrait pas être caractérisée comme juridique ni par son contenu, ni par les effets qu'elle produit, acquiert une légitimité juridique et un caractère contraignant pour ses destinataires. Il s'agit d'un effet de l'internormativité : la norme juridique confère « une portée nouvelle aux normes sociales préexistantes qu'il formalise et officialise »¹²⁹⁴. Parallèlement, à travers cette association, le droit devient lui-même producteur de normes non-juridiques et, en l'espèce, techniques, comme nous pouvons le constater à travers l'exemple des directives européennes sur les normes techniques.

Si on applique ces éléments théoriques en matière de diversité, nous pouvons constater les suivants : une norme diversité, qu'il s'agisse d'un accord collectif, d'une norme RSE ou de l'obtention d'un label, est une règle juridique d'origine sociale. La diversité, bien que liée à des domaines extra-juridiques tels que l'économie et le management, est susceptible de produire des effets juridiques, lorsqu'elle est accompagnée d'un support normatif.

B) L'effectivité juridique des normes du droit souple : un ensemble de règles à valeur juridique différée

275. « La notion de droit souple vient interroger l'idée même que les juristes, et pas seulement eux, se font du droit. Elle nous oblige à éprouver la solidité de convictions aussi établies qu'apparemment évidentes selon lesquelles le droit est un ensemble de règles, les règles sont nécessairement obligatoires et contraignantes et la contrainte est le critère du droit. »¹²⁹⁵ La notion de *soft law*¹²⁹⁶, traduite par l'expression « droit souple »¹²⁹⁷, trouve ses origines dans le droit international public mais s'est très vite répandue dans plusieurs domaines du droit national. Jean Salmon en fournit la définition suivante : il s'agit d'une « expression anglaise, employée parfois comme telle par certains auteurs francophones et par laquelle ils entendent désigner des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause,

¹²⁹⁴ Jacques Chevallier, *op.cit.*, p. 711.

¹²⁹⁵ Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ* 2003 p. 599.

¹²⁹⁶ Il existe un débat nourri au sujet de l'article approprié, féminin ou masculin, pour le concept de *soft law*. Le terme « law » pouvant être traduit comme « le droit » mais également comme « la loi », l'utilisation de l'article féminin ou masculin devrait découler de la signification que l'auteur entend conférer au terme. Par conséquent, les deux articles peuvent être corrects.

Isabelle Hachez, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étroit ? », in *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Bruxelles, Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, pp. 539-540.

¹²⁹⁷ En droit interne, l'expression « droit souple » est consacrée officiellement par le Conseil d'État dans son rapport de 2013 intitulé « Le droit souple ». Conseil d'État, Le droit souple : EDCE 2013, Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : le droit de la gouvernance, op.cit.*, p. 13.

bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes. Considérée comme processus à finalité normative, une règle de soft law serait cependant susceptible, pour les défenseurs de cette expression, d'aboutir par l'accumulation convergente des prétentions normatives, à la constitution d'une norme nouvelle ayant un caractère juridiquement obligatoire »¹²⁹⁸. Ce concept crée des contradictions pour le juriste : d'un côté, on essaie de l'incorporer dans l'ordre juridique, mais de l'autre, son insertion dans le droit positif conduirait à l'élimination de son caractère *soft* et, par conséquent, de sa raison d'être¹²⁹⁹. Toutefois, la distinction *soft law* - *hard law* est considérée par certains auteurs « trop pauvre pour rendre justice à toute la gamme de l'intensité normative »¹³⁰⁰.

276. En effet, le *soft law* ne peut être perçu comme un ensemble homogène dont les effets sont identiques. Son contenu est hétéroclite et très varié. Par conséquent, sa réception par l'ordre juridique interne peut différer considérablement. Pour donner certains exemples, le droit souple peut contenir « déclarations, recommandations, qu'elles émanent d'une organisation internationale, d'un organe communautaire, ou d'une autorité administrative indépendante, directives, avis, chartes, codes de conduite, avis de la Cour de cassation, préambule d'une loi, directive administrative, Principes Unidroit, code de conduite d'entreprise, communications, communiqués, circulaires, engagements d'honneur, lettres d'intention, déclarations internationales, résolutions, lois d'orientation, de programmation. Y seront ajoutés, déformation professionnelle, quelques usages et diverses pratiques professionnelles, dont la force obligatoire est sujette à souplesse. Toutes ces manifestations ne pouvant donner lieu à un état complet de leur réception par l'ordre juridique, elles seront piochées au gré des développements, le plus souvent dans l'ordre interne, plus rarement dans l'ordre européen — le droit international public répondant à cet égard à une logique propre »¹³⁰¹. Dans cet ensemble hétérogène, l'on trouve des normes d'*instrumentum* (*non-legal soft law*) et de *negotium* (*legal soft law*)¹³⁰², leur seul point commun étant la valeur normative : les auteurs et les dictionnaires juridiques s'accordent sur

¹²⁹⁸ Jean Salmon (Dir.), *op.cit.*, p. 1039.

¹²⁹⁹ Antoine Bailleux, « Le soft law et les deux droits », in *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, p. 505.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 528.

¹³⁰¹ Pascale Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique » In *Le droit souple*, Journées Nationales Tome XIII/ Boulogne-Sur-Mer, Paris, Dalloz, p. 113.

¹³⁰² François Tulkens, Sébastien van Drooghenbroeck, « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour Européenne des droits de l'homme », In *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Pierre Bauthier, Eric Balate, Louis Van Bunnan et al., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 507.

ce point, une norme de droit souple est une norme dont la valeur juridique est limitée, pourtant, le degré de cette limitation peut varier considérablement. Cette hétérogénéité caractérisant les instruments de *soft law* complique l'analyse et nécessite une catégorisation qui prenne en considération l'origine de ces normes, par exemple, normes prises par une autorité étatique/publique ou par une entité privée, le champ géographique international, européen ou national ou encore l'effectivité normative. C'est cette dernière catégorisation qui nous paraît la plus pertinente dans ce chapitre et notre recherche.

Ces catégorisations révèlent certaines tendances qui caractérisent la production normative actuelle : Valérie Lasserre se réfère à la « factuatisation » du droit, qui s'opère parallèlement à la « juridicisation » du non-droit, en rendant encore plus compliquée la tâche de délimitation du droit et du non-droit¹³⁰³. En droit du travail, et notamment en ce qui concerne la thématique de la diversité, les frontières sont de moins en moins nettes : comme nous l'avons déjà constaté dans les chapitres précédents, le droit du travail se caractérise par le passage progressif d'une vision strictement légaliste de la matière à un modèle de pluralisme normatif où interagissent plusieurs acteurs. Les évolutions législatives récentes ont clairement reflété cette direction avec la loi El Khomri du 6 août 2016¹³⁰⁴ et les ordonnances du 22 septembre 2017¹³⁰⁵ qui ont profondément réformé le Code du travail, en octroyant la primauté aux accords collectifs et en n'accordant à la loi qu'une fonction supplétive, à la seule exception des dispositions d'ordre public. Cette liberté conventionnelle accordée aux partenaires sociaux est propice à l'accueil et la contractualisation de dispositifs appartenant auparavant exclusivement à la sphère du droit souple, ce qui se vérifie particulièrement dans les accords collectifs en matière de diversité. Parallèlement, nous pouvons remarquer une délégation normative au profit des normes du droit souple, qu'il s'agisse des normes managériales (ch.1) ou des normes RSE (ch.2 section 2).

277. **La « juridicisation » du *soft law*.** Nous constatons que de nombreux auteurs ont procédé à la catégorisation du *soft law* en analysant ses effets et son rapport à l'ordre juridique traditionnel, c'est-à-dire que nous définissons les normes de *soft law* par rapport à leur relation avec les normes juridiques traditionnelles. Cela permet l'introduction de certaines dispositions de *soft law* dans l'ordre juridique en créant des phénomènes de juridicisation du *soft law*. Par le terme « juridicisation », l'on se réfère aux efforts visant à conférer une juridicité à des

¹³⁰³ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : le droit de la gouvernance*, op.cit., pp. 13-14.

¹³⁰⁴ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹³⁰⁵ Ord. n°2017-1385 et 2017-1386 du 22 sept. 2017.

instruments non juridiques, c'est-à-dire le « caractère de ce qui relève du Droit, par opposition aux mœurs, à la morale, aux convenances »¹³⁰⁶. Ces catégorisations sont importantes en matière de diversité, dont les supports juridiques se placent souvent dans ces catégories de droit souple.

Une première catégorisation doctrinale¹³⁰⁷ opère une distinction entre « droit mou », « droit doux » et « droit flou », expressions d'ailleurs souvent employées comme traductions du *soft law*. Le droit mou est un « instrument dépourvu d'effet obligatoire à l'égard de son auteur ou de son destinataire », de caractère informel ou officiel : l'on y retrouve les chartes éthiques, les avis ou encore les recommandations patronales¹³⁰⁸. Le droit doux se réfère aux normes qui peuvent disposer d'une force obligatoire mais pas de force contraignante¹³⁰⁹, puisqu'aucune forme de sanction n'est prévue en cas de non-respect de la norme : nous envisageons dans ce cas l'hypothèse des obligations dont le non-respect n'est pas sanctionné juridiquement, mais qui permettent peut-être une résolution alternative et non juridictionnelle des conflits¹³¹⁰. Enfin, le droit flou met l'accent sur l'absence de caractère obligatoire du contenu de la norme : il s'agit des dispositions qui font partie de la normativité classique mais qui sont formulées de manière imprécise ou vague, en laissant une marge d'interprétation¹³¹¹. Par conséquent, lorsque la norme est peu précise et présente une souplesse quant à son contenu, on peut se référer à une norme de droit flou, lorsqu'elle ne dispose pas de force obligatoire, il s'agit d'une norme de droit doux et lorsqu'elle n'a pas de force contraignante, il s'agit d'une norme de droit mou. Selon cette catégorisation une norme peut être triplement souple, dans son contenu, dans son expression et dans ses effets¹³¹². Pour aller plus loin, nous pouvons parler d'un éventail de production normative passant des normes très dures (normes indérogeables) aux normes simplement dures (normes impératives prescriptives ou prohibitives), aux normes semi-dures (avec des normes permissives ou supplétives) pour arriver aux normes souples (normes incitatives et recommandatoires)¹³¹³.

¹³⁰⁶ Gérard Cornu, *op.cit.*, p. 584.

¹³⁰⁷ Catherine Thibierge, *op.cit.*, voir aussi Benjamin Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2013, p. 46 et s.

¹³⁰⁸ Benjamin Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2013, pp. 57-58.

¹³⁰⁹ La force obligatoire s'intéresse au fait qu'une norme s'impose à ses destinataires, tandis que la force contraignante s'intéresse à la façon par laquelle une norme s'impose à ses destinataires, c'est-à-dire aux conséquences du non-respect de la norme : la sanction.

Ibid., p. 70.

¹³¹⁰ Benjamin Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2013, p. 74.

¹³¹¹ *Ibid.*, p. 75.

¹³¹² Catherine Thibierge, *op.cit.*.

¹³¹³ *Ibid.*

278. Une autre catégorisation intéressante est celle opérée par les professeurs Antoine Baillaux et Isabelle Hachez, qui distinguent trois catégories où le *soft law* s'entremêle avec le droit normatif¹³¹⁴ : le *soft law intralégislatif* désigne « des énoncés non normatifs contenus dans des instruments juridiques formellement valides », tels que le préambule d'une loi. Une contradiction est inhérente aux normes de cette catégorie, puisque malgré le fait qu'elles fassent partie d'un instrument juridique contraignant, elles ne présentent qu'une force normative affaiblie¹³¹⁵ .

Le *soft law paralégislatif* désigne « le droit qui se développe en marge de l'ordre juridique de référence » et qui offre « un modèle formellement non contraignant », tel qu'une charte interne d'une entreprise. Le *soft law* paralégislatif est d'origine privée et s'éloigne des canaux traditionnels du droit positif pour proposer une « production alternative du droit »¹³¹⁶. Compris en ce sens, « (le) *soft law* (constitue) le produit final et non seulement une étape ou une phase intermédiaire dans le cycle de la vie du droit ; le produit voulu ou le plus approprié pour l'utilisation instrumentale qu'on envisage pour elle ». Le préfixe « *para* », démontre cette concurrence entre les deux normativités : en grec, il signifie à la fois « contre » et « à côté de » et, en l'espèce, contre ou au moins en concurrence avec le droit positif étatique¹³¹⁷.

Enfin, le *soft law périlégislatif*, nommé par certains auteurs comme « petites » sources du droit¹³¹⁸, désigne des instruments non contraignants qui « se déploient dans l'environnement du droit positif en vigueur », d'origine étatique. Ces instruments se caractérisent par leur déploiement dans l'environnement du droit positif en vigueur, comme l'indique le préfixe grec « péri ». Nous pouvons par exemple inclure dans cette catégorie de *soft law* les incitations non normatives de la part de l'UE vers les États membres¹³¹⁹, comme le livre vert cité ci-dessus, ou, au niveau national, les circulaires, les réponses ministérielles, les communiqués de la Cour de

¹³¹⁴ Antoine Baillaux, *op.cit.*, p. 529-530.

Isabelle Hachez, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », *op.cit.*, p. 542, p. 547 et p. 550.

¹³¹⁵ Isabelle Hachez, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2 Vol. 65, pp. 54-55.

Il s'agit d'une catégorisation reprise par d'autres auteurs : v. Stéphane Gerry-Vernières, « Les petites sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », in *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, p. 589.

¹³¹⁶ Isabelle Hachez, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », *op.cit.*, p. 547.

¹³¹⁷ Isabelle Hachez, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *op.cit.*, pp. 45-46.

¹³¹⁸ Stéphane Gerry-Vernières, *op.cit.*, p. 587 et s., Christophe Testard, « Le droit souple, une « petite » source canalisée », *AJDA*, 2019, p. 934.

¹³¹⁹ Antoine Baillaux, *op.cit.*, p. 529-530.

Isabelle Hachez, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », *op.cit.*, p. 542, p. 547 et p. 550.

cassation¹³²⁰... Selon Madame Isabelle Hachez, des sous-catégories peuvent également être identifiées pour ce type de *soft law*, en prenant en considération les différents rapports entretenus avec le droit positif¹³²¹ : la première sous-catégorie est celle du droit recommandé, qui comprend des normes élaborées par une autorité publique habilitée qui a délibérément opté pour un instrument dépourvu de force obligatoire ou par une autorité publique qui n'est pas expressément habilitée à adopter une norme et doit par conséquent se tourner vers les normes de *soft law*. Dans les deux cas, il s'agit de normes d'incitation qui ne s'opposent pas au *hard law* mais agissent en synergie avec celui-ci, telles que les recommandations en droit européen ou les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU¹³²².

La deuxième sous-catégorie est celle du droit proposé. Elle contient des normes émanant des acteurs publics ou privés et qui visent à inspirer le législateur et intégrer le droit dur. Pour y parvenir, ces normes adoptent les caractéristiques d'un énoncé de *hard law* tout en restant facultatives : c'est l'exemple de projets préparatoires à la rédaction d'une proposition de loi¹³²³. La troisième et dernière catégorie est celle du « *hard law* en puissance » et regroupe les normes adoptées par une autorité habilitée dans le processus d'élaboration d'une norme. Ces normes ne font partie du *soft law* que jusqu'à la clôture de la procédure qui donnera naissance à une norme du droit dur¹³²⁴. Le concept peut comprendre ce qu'on appelle en droit international l'*opinio juris sive necessitatis* : une norme de *soft law* peut être créatrice des pratiques qui, lorsqu'elles sont adoptées, constituent des nouvelles coutumes et, par conséquent, sont accompagnées d'obligations légales¹³²⁵. Outre la voie du processus coutumier, la loi elle-même peut décider d'incorporer un instrument de *soft law* en le transformant ainsi en droit dur. De même, le contenu d'un instrument de *soft law* peut être érigé en principe général de droit et intégrer, de cette façon, la famille du droit dur¹³²⁶. Une autre option de reconnaissance provient du pouvoir juridictionnel : le juge peut reconnaître des normes extérieures aux sources établies, en admettant que celles-ci doivent être prises en considération de l'évaluation de certaines situations particulières¹³²⁷.

¹³²⁰ Stéphane Gerry-Vernières, *op.cit.*, pp. 590-591.

¹³²¹ *Ibid.*, p. 589.

¹³²² Isabelle Hachez, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *op.cit.*, pp. 48-49.

¹³²³ *Ibid.*, pp. 49-50.

¹³²⁴ *Ibid.*, pp. 51.

¹³²⁵ Jean Salmon (Dir.), *op.cit.*, p. 1039, Elisabeth A. Martin, Jonathan Law (Dirs.), *A Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹³²⁶ Isabelle Hachez, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *op.cit.*, p. 57.

¹³²⁷ Philippe Gérard, *op.cit.*, p. 39.

279. Il convient, en revanche, d'être soucieux des implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments de *soft law*. L'UE s'est d'ailleurs prononcée en la matière¹³²⁸, en invitant les parties à utiliser ces dispositifs avec précaution. Pour l'UE, en effet, ces instruments sont souvent « équivoques, inefficaces et susceptibles d'exercer un effet négatif sur la législation communautaire et sur l'équilibre institutionnel » et ne doivent par conséquent en aucun cas se substituer à une législation de l'Union¹³²⁹. Quant au sujet de la normalisation et des codes de conduite, ils sont reconnus en tant qu'éléments importants de l'autorégulation, tout en engendrant un danger de surréglementation, notamment pour les petites et moyennes entreprises¹³³⁰.

Ces catégorisations révèlent que les instruments de droit souple employés en matière de diversité, même s'ils ne font pas partie de la normalisation traditionnelle, interagissent constamment avec le droit soi-disant dur et peuvent bel et bien produire, directement ou indirectement, des effets juridiques que le juriste contemporain ne peut pas ignorer. Selon certains auteurs, cette production normative souple, souvent caractérisée comme une normativité informelle, doit être perçue comme partie intégrante de l'ordre juridique¹³³¹.

Section 2. Les critères d'évaluation de l'effectivité juridique

280. Pour apprécier l'effectivité d'une norme, il convient de bien poser les critères d'évaluation. Pour certains, « le droit n'existerait pas sans la sanction qui lui donne efficacité »¹³³² : le critère à retenir pour évaluer l'effectivité d'une norme juridique se limite par conséquent à la contrainte et à l'existence de sanctions. Toutefois, pour d'autres, il convient de distinguer l'effectivité de la norme de l'effectivité du contrôle du non-respect de la norme ; l'effectivité de la norme concerne le comportement des sujets, tandis que l'effectivité du contrôle traite de l'application des sanctions¹³³³.

¹³²⁸ Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (*soft law*) (2007/2028(INI)).

¹³²⁹ *Ibid.*, §1 et §5.

¹³³⁰ *Ibid.*, §12.

¹³³¹ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : le droit de la gouvernance*, *op.cit.*, p. 14.

¹³³² Joël Hautebert, « Le droit et la contrainte » In *Peur de la sanction et sanction de la peur*, Joseph Reeves, Agathe Vitour (dir.), Poitiers, Presses Universitaires de Poitiers, 2018, p. 19.

¹³³³ Pierre Lascoumes, Évelyne Serverin, *op.cit.*, p. 109.

Par conséquent, outre l'élément répressif, d'autres facteurs peuvent être utilisés pour mesurer l'effectivité d'une norme, tels que la connaissance et la conscience du droit par les sujets¹³³⁴ ; ainsi, la méconnaissance et le nonaccès à une norme peuvent également constituer un indice de l'ineffectivité de celle-ci. En reprenant cette distinction, nous pouvons dégager deux critères principaux pour évaluer l'effectivité juridique d'une norme ; le premier se traduit par la diffusion et l'information sur les engagements en matière de diversité et leur suivi (paragraphe 1) ; le second critère évalue le contrôle du non-respect de la norme (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'évaluation de l'effectivité de la norme : l'information et le suivi des engagements en matière de diversité

281. Pour évaluer l'effectivité de la norme, nous pouvons relever deux critères non liés à la contrainte : dans un premier temps, il s'agit d'évaluer la diffusion et l'information sur les engagements pris en matière de diversité. Les salariés sont-ils au courant des engagements pris, par exemple, unilatéralement par l'employeur dans un cadre de démarche RSE, ou encore négociés et adoptés dans un cadre d'accord collectif ? L'information sur les engagements en matière de diversité constitue la première étape pour assurer la mise en œuvre de ceux-ci et, par conséquent, leur effectivité (A). Le second critère découle du premier, il s'agit du suivi. On s'interroge sur l'organe responsable de cette évaluation et sur les mesures entreprises pour assurer son effectivité. Cette étape ne doit pas être confondue avec la contrainte ou la mise en place de sanctions : il s'agit bien d'une étape préliminaire qui concerne la mise en place effective de la norme et non pas les conséquences de son non-respect (qui seront examinées au cours du chapitre 7). Nous nous référons notamment au suivi prévu par les instruments eux-mêmes, les organes responsables de ce suivi et les mesures entreprises pour l'assurer (B).

Dès la première lecture des accords collectifs, nous avons pu constater que les partenaires sociaux, notamment les instances représentatives du personnel, sont appelés à assurer la diffusion des engagements et l'information des salariés en la matière.

A) L'information sur les engagements conventionnels et non-conventionnels

282. En employant le terme « information », nous nous référons à deux catégories bien distinctes de ce concept : d'un côté, l'information sur les normes en matière de diversité et de l'autre, l'information-formation et sensibilisation. Quant au premier type, il s'agit de s'assurer

¹³³⁴ *Ibid.*, pp. 110-111.

que les salariés sont au courant des engagements entrepris en matière de diversité et de leurs droits en la matière. Lorsque l'on aborde l'information sous le prisme de la formation et de la sensibilisation, on se réfère à la fonction éducative de l'information, une démarche très répandue au sein des accords diversité mais également au sein des accords relatifs à l'égalité professionnelle ou aux risques psychosociaux.

283. **Le cadre légal.** L'information est définie juridiquement comme un ensemble de données devant être, dans certains cas, sécurisées et partagées et, dans d'autres, cas protégées et gardées secrètes¹³³⁵. En droit du travail, il existe un cadre légal bien spécifique qui détermine l'obligation d'information sur les engagements conventionnels qui incombe à l'employeur. La loi Auroux du 13 novembre 1982¹³³⁶ avait consacré pour la première fois l'obligation « de procurer un exemplaire au comité d'entreprise et, le cas échéant, aux comités d'établissement, ainsi qu'aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux » et, par la suite, la loi du 4 mai 2004¹³³⁷ a confié aux partenaires sociaux le soin de déterminer eux-mêmes les modalités d'informations collectives et individuelles sur les accords applicables dans l'entreprise. Ainsi, un accord collectif professionnel ou de branche détermine les modalités d'information des salariés et des représentants du personnel sur le droit conventionnel applicable dans l'entreprise et l'établissement¹³³⁸. À défaut d'accord, les dispositions réglementaires s'appliquent : l'employeur est tenu de donner au salarié, au moment de l'embauche, une notice l'informant des textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement ; en outre, il faut tenir un exemplaire à jour à la disposition des salariés sur le lieu de travail et sur l'intranet, s'il en existe un¹³³⁹. Si l'employeur manque à cette obligation, la jurisprudence reconnaît que les dispositions de l'accord sont inopposables aux salariés qui n'ont pas été informés au moment de l'embauche, ceux-ci pouvant toutefois s'en prévaloir¹³⁴⁰.

Les partenaires sociaux participent activement aux modalités de cette obligation d'information, en tant que créateurs, à travers la négociation de l'accord collectif déterminant les conditions de l'information, et en tant que destinataires. En effet, l'employeur est tenu de communiquer un exemplaire de chaque accord au comité social et économique et aux comités sociaux et

¹³³⁵ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : le droit de la gouvernance*, *op.cit.*, p. 119.

¹³³⁶ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs au travail.

¹³³⁷ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

¹³³⁸ Art. L. 2262-5 C.tr.

¹³³⁹ Art. R. 2262-1 C.tr.

¹³⁴⁰ Cass. soc. 29 mars 1995, n°91-44.562 P: D. 1996. 127, note Pignarre, Cass. soc. 8 janv. 1997: *GADT*, 4e éd., n°165; *D.* 1997. IR 35.

économiques d'établissement, ainsi qu'aux délégués syndicaux ou aux salariés mandatés¹³⁴¹. Par la suite, il faut qu'il communique chaque année la liste des modifications apportées aux conventions ou accords applicables dans l'entreprise au comité social et économique, aux délégués syndicaux et, à défaut de délégués du personnel, aux salariés directement¹³⁴². De la même façon, il est tenu d'informer le personnel lorsqu'il démissionne d'une organisation signataire d'une convention ou d'un accord¹³⁴³.

284. **L'information dans les accords diversité.** L'information au sein des accords collectifs peut être catégorisée en deux types : l'information interne, qui consiste en la diffusion du contenu de l'accord aux salariés, et l'information externe, qui est dirigée vers les partenaires et collaborateurs de l'entreprise. Dans la majorité des accords, l'on retrouve des références à l'information interne ; toutefois, certains vont plus loin pour assurer les deux types d'information, comme le montre l'exemple de l'accord de l'UES Batigère qui, outre l'information des salariés sur les engagements relatifs à l'égalité et la diversité, prévoit également une communication externe à chaque partenaire ayant un lien direct et indirect avec l'UES¹³⁴⁴.

En ce qui concerne l'information interne, il existe peu de précisions sur les modalités spécifiques autres que les méthodes standard telles que l'affichage ou la communication via Intranet. Certains accords ont toutefois prévu des actions propres en vue d'assurer la communication effective des engagements adoptés auprès des salariés : par exemple, l'accord du groupe UGECAM¹³⁴⁵ prévoit la création et la transmission à chaque salarié d'un livret présentant les mesures prises en matière de promotion de la diversité, de l'égalité des chances et de l'égalité professionnelle, ainsi qu'un espace dédié à la promotion de la diversité et à l'égalité des chances sur le site internet du groupe. Parfois, les accords collectifs mettent en lumière les engagements entrepris dans le domaine de la RSE : ils informent les salariés sur l'obtention du Label ou la signature de la Charte de la diversité, une information qui sert à

¹³⁴¹ Art. R. 2262-2 C.tr.

¹³⁴² Art. L. 2262-6 C.tr.

¹³⁴³ Art. L.2262-7 C.tr.

¹³⁴⁴ Accord de l'UES Batigère relatif au développement de l'égalité professionnelle et de la diversité du 26 juin 2015, art. 21 et accord relatif à la Qualité de vie au travail, à l'égalité professionnelle et à la Diversité au sein de l'UES Batigère du 24 janvier 2019, art.25.

¹³⁴⁵ Accord relatif à l'égalité professionnelle, la promotion de la diversité et l'égalité des chances au sein du Groupe UGECAM Bretagne Pays de la Loire du 14 nov. 2018, art.19.

accentuer l'implication de l'entreprise dans la mise en place de la diversité et la lutte contre les discriminations¹³⁴⁶.

285. Information et sensibilisation. Au sein des accords diversité, la question de l'information est souvent présentée en corrélation avec la sensibilisation ou encore les actions de formation. Afin d'implémenter les démarches adoptées, informer les responsables, notamment les recruteurs, est indispensable. L'information ne doit pas, en revanche, se limiter à une communication simple du contenu de l'accord. Pour assurer une meilleure transparence quant au recrutement, la séance d'information doit être accompagnée par une séance de sensibilisation : c'est le cas de l'accord BNP, qui prévoit que « les dispositions adoptées dans le cadre de cet accord feront l'objet d'une session d'information/sensibilisation dédiée aux services de la Direction des Ressources Humaines »¹³⁴⁷. En effet, les managers et collaborateurs chargés de la fonction des ressources humaines sont les cibles prioritaires des actions d'information et de sensibilisation dans la majorité des accords¹³⁴⁸. Cette étape est cruciale pour rendre ces accords effectifs. La question de la diversité étant aussi traitée comme une question de mentalité, les sessions d'information/sensibilisation servent avant tout à cibler des préjugés subjacents chez les personnes chargées du recrutement, des promotions, de la gestion du personnel, etc.

Le rôle de relai d'information auprès des salariés est parfois confié aux instances représentatives du personnel, qui sont appelées à participer activement à la mise en œuvre de l'accord, à l'information et à l'atteinte des objectifs fixés par celui-ci¹³⁴⁹. Dans d'autres cas, l'information est effectuée par le biais de l'intranet de l'entreprise ou de l'organisation¹³⁵⁰.

286. L'obligation d'information au sein des instruments RSE. La Charte de la Diversité fait également référence à l'importance de la communication interne et externe : les signataires s'engagent à sensibiliser et à former les dirigeants et managers impliqués dans le recrutement,

¹³⁴⁶ Cofiroute 2019, Accord d'entreprise sur la diversité et l'inclusion de GIE BNP PARIBAS CARDIF, 16 mars 2020.

¹³⁴⁷ Accord d'entreprise sur la diversité et l'inclusion de GIE BNP PARIBAS CARDIF, 16 mars 2020, art. 1.2.b.

¹³⁴⁸ Accord du groupe HSBC France relatif à l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail du 8 mars 2018, art.1.2.

¹³⁴⁹ Accord Égalité, Diversité, Insertion Professionnelle et Qualité de Vie au Travail, Société LES CARS MOREAU du 26 février 2019, p. 4.

¹³⁵⁰ Accord sur la diversité et l'égalité des chances de la CPAM de la Charente du 20 déc. 2018, art. 6.3. Des actions de sensibilisation complémentaires sont prévues en ce qui concerne le recrutement, avec « un jury de sélection interne dont la composition est mixte. Le jury sera composé d'au moins un membre formé aux enjeux de la non-discrimination. » (art. 2.1)

la formation et la gestion des carrières (art.1^{er}), à communiquer sur leur engagement auprès de l'ensemble des collaborateurs, des clients, partenaires et fournisseurs (art.4), ainsi que de développer le dialogue social avec les représentants du personnel (art.5)¹³⁵¹. Bien que la valeur juridique de la charte puisse être redoutée (voir le chapitre 2), les signataires s'engagent à effectuer les actions prévues et les communiquer lors du bilan biennuel.

En ce qui concerne l'obtention du Label Diversité, les obligations sont plus concrètes, avec un cahier de charges qui inclut des actions d'information et de sensibilisation¹³⁵². Elles se traduisent par un plan annuel de communication interne et des actions de communication destinées à promouvoir la diversité en faisant état des objectifs, de la politique menée, des différentes actions entreprises et de leurs résultats. En outre, la communication doit être adaptée aux différents publics et dispensée à l'ensemble du personnel. L'obligation d'information diffère selon la taille de l'entreprise : ainsi, les entreprises de plus de 50 salariés ainsi que les établissements publics doivent inclure au sein des leurs actions de communication les enjeux liés à la diversité pour leur personnel ainsi que les accords adoptés en la matière, tandis que pour les entreprises de moins de 50 salariés, cette communication se limite aux plans d'action. Parmi les obligations prévues, une information au niveau externe est également nécessaire : selon le cahier des charges, il faut communiquer aux partenaires, fournisseurs et clients l'engagement de la Direction dans une politique de diversité. Toute communication externe doit aussi respecter et être en cohérence avec cet engagement, qu'il s'agisse d'une publicité, de la politique marketing ou du site Internet de l'organisme. Enfin, l'information sur le Label dans un niveau national est présentée comme un moyen de valorisation de cet instrument par le rapport *Sciberras*¹³⁵³, qui invite l'État à mettre davantage en valeur le Label en communiquant les entreprises exemplaires en la matière.

¹³⁵¹ Charte de la Diversité, <https://www.charte-diversite.com/charte-de-la-diversite/>.

¹³⁵² Cahiers des charges téléchargeables sur la page officielle de Afnor certification, <https://certification.afnor.org/ressources-humaines/label-diversite> :

« Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable aux organismes privés dont l'effectif est égal ou supérieur à 50 salariés, sur la communication interne p. 10, sur la communication externe p. 15.

« Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable aux organismes privés dont l'effectif est inférieur à 50 salariés, sur la communication interne p. 10, sur la communication externe p. 14.

« Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable à l'État et à ses établissements publics, aux collectivités territoriales et leurs établissements publics, aux établissements publics du secteur de la santé, du social et du médico-social, ainsi qu'aux autres organismes relevant du secteur public, sur la communication interne p. 11, sur la communication externe p. 16.

¹³⁵³ Ministère du travail, d'emploi et du dialogue social, Ministère de la jeunesse, de la ville et du sport, Jean Christophe Sciberras (Président du groupe de dialogue), *Rapport sur le suivi de la mise en œuvre des propositions du groupe de dialogue sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, 16 novembre 2016, p. 37.

B) Une effectivité juridique assurée par le suivi des engagements en matière de diversité

287. Pour assurer la mise en œuvre effective de l'accord collectif, le suivi est une étape primordiale, incluse dans la quasi-totalité des accords étudiés. En matière de suivi d'un accord collectif, deux questions émergent : qui et comment. Qui peut se charger d'évaluer la mise en œuvre de l'accord et avec quels moyens ? Comme nous avons pu le constater, les partenaires sociaux sont les membres par excellence des organes de suivi des accords collectifs. Quant aux modalités de suivi, nous retrouvons une grande variété des moyens d'évaluation prévus par les accords.

288. **Les partenaires sociaux, membres par excellence des organes de suivi.** Certains accords confient la tâche de suivi aux instances représentatives du personnel. Tel est par exemple le cas de l'Accord sur la diversité de BNP¹³⁵⁴, qui prévoit que l'accord fera l'objet d'un reporting annuel auprès du Comité social et économique. Dans la majorité des cas, en revanche, le suivi est confié à une équipe constituée, d'un côté, de représentants patronaux et, de l'autre, de représentants des salariés. Ainsi, par exemple, pour l'accord Agir sécurité¹³⁵⁵, le suivi sera assuré par la Direction et les organisations syndicales représentatives. Une autre pratique courante est la création d'un organe spécifique, souvent nommé « Commission Diversité »¹³⁵⁶ ou « Commission de suivi »¹³⁵⁷, composé également des représentants de la Direction, d'un côté et des représentants des salariés, de l'autre. En ce qui concerne ces derniers, il s'agit, selon les cas, des représentants syndicaux ou des représentants des salariés issus du Comité social et économique. Parfois, c'est une « Commission de l'égalité professionnelle »¹³⁵⁸ déjà instituée qui se chargera de la question de la diversité. Il ne faut sans doute pas s'en étonner, puisqu'au sein des accords eux-mêmes, les deux thématiques ne sont pas distinguées, mais considérées comme complémentaires, ce qui apparaît clairement au vu des titres ainsi que du

¹³⁵⁴ Accord d'entreprise sur la diversité et l'inclusion de GIE BNP PARIBAS CARDIF, 16 mars 2020, chapitre 2.

¹³⁵⁵ Accord d'entreprise Agir Sécurité du 27 novembre 2017 sur la diversité, la cohésion sociale et l'égalité des chances, art.5.

¹³⁵⁶ Accord d'entreprise Armor du 18 janvier 2018 relatif à la diversité et à l'égalité des chances, chapitre V.

¹³⁵⁷ Exemples : Accord du groupe HSBC France sur la diversité et l'équité du 22 juillet 2011, Accord du groupe HSBC France relatif à l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail du 8 mars 2018, art.8.6, Accord relatif à l'égalité professionnelle, la promotion de la diversité et l'égalité des chances au sein du Groupe UGECAM Bretagne Pays de la Loire du 14 nov. 2018, art.18.

¹³⁵⁸ Accord de branche relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité dans les institutions de retraite complémentaire du 19 octobre 2015, art.2.2, Accord sur la promotion de la diversité, de l'égalité des chances et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes de la CPAM des Alpes-Maritimes du 21 févr. 2020, art.12.

Dans l'accord sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail de l'UES Suez du 22 janvier 2020, le suivi est effectué conjointement par les Délégués Syndicaux et la commission de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, art.VII.

contenu d'une série d'accords. Toutefois, l'exemple de l'accord d'entreprise Armor du 18 janvier 2018¹³⁵⁹ relatif à la diversité et à l'égalité des chances mérite une attention toute particulière, dans la mesure où il prévoit la création d'une Commission Diversité qui se substitue à la Commission Égalité Professionnelle, ce qui montre selon nous cette évolution sémantique du terme « diversité », évolution qui tend à rendre le terme inclusif, et non plus distinct de la thématique d'égalité professionnelle. Cette inclusivité est aussi présente au sein du dernier accord de l'UES Batigère¹³⁶⁰ qui, tout en distinguant les organes chargés des différentes thématiques (« Commission Égalité professionnelle » au sein du CSE, « référents harcèlement », « Conseil de Diversité » et « Comité QVT »), les place tous sous le même accord collectif, ce qui montre la connexité et la complémentarité de ces thématiques.

Nous retrouvons ainsi, notamment dans les accords de branche ou de groupe, une structure particulière pour assurer le suivi : au sommet se trouve une Commission centrale, souvent, la même qui est chargée des questions d'égalité professionnelle et de non-discrimination. Au sein de cette Commission est désigné un « correspondant diversité/égalité », aussi nommé « coordinateur », qui a pour rôle de coordonner l'ensemble des actions ayant pour finalité la promotion de la diversité et d'animer le dialogue en la matière. Enfin, à la base de cette pyramide, au sein des entreprises de la branche ou du groupe, figurent des « correspondants diversité » (existe également l'appellation « référents diversité »), chargés de mettre en œuvre les dispositions de l'accord au sein de leurs structures¹³⁶¹. Lorsque le suivi est ainsi confié à une seule personne, l'on remarque que le rôle des partenaires sociaux en ce qui concerne le suivi de l'accord est plus réduit, puisque le « coordinateur diversité » est a priori désigné par la Direction.

289. Les modalités du suivi conventionnel. Le suivi d'un accord comprend a priori un suivi des actions prévues par l'accord, des effets de ces actions ainsi que des propositions de nouvelles orientations et d'éventuelles pistes d'amélioration selon les résultats obtenus. La prise en considération des évolutions législatives et jurisprudentielles semble également être

¹³⁵⁹ Accord d'entreprise Armor relatif à la diversité et à l'égalité des chances du 18 janvier 2018, chapitre V-2.

¹³⁶⁰ Accord relatif à la Qualité de vie au travail, à l'égalité professionnelle et à la Diversité au sein de l'UES Batigère du 24 janvier 2019, art.26 et s.

¹³⁶¹ Exemples : Accord de branche relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité dans les institutions de retraite complémentaire du 19 octobre 2015, art.2.2, Accord sur la promotion de la diversité, de l'égalité des chances et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes de la CPAM des Alpes-Maritimes du 21 févr. 2020, art.12.

importante en matière de diversité et peut faire partie du bilan final¹³⁶². Certains accords ne décrivent pas en détail les modalités de suivi employées, tandis que d'autres fournissent plus de précisions.

Pour certains accords, les modalités de suivi se résument à un contrôle annuel, par exemple, une réunion annuelle de l'organe chargé du suivi de l'accord¹³⁶³, un reporting annuel¹³⁶⁴, ou un bilan quand l'accord arrive à son terme¹³⁶⁵. Dans le cas où le suivi est confié à un « correspondant diversité », comme décrit ci-dessus, il lui incombe de rendre compte annuellement de ses activités. D'autres accords sont plus détaillés et accompagnent la réunion annuelle d'un rapport et d'un bilan comprenant « les éventuels cas signalés, et d'échanges quant à la mise en œuvre de l'accord, les expérimentations réalisées, les bonnes pratiques recensées dans les différents établissements du Groupe », ainsi que d'une communication des conclusions aux comités d'entreprise du groupe¹³⁶⁶. Pour Accor, le suivi est également accompagné d'enquêtes d'opinion sur les sujets de non-discrimination et de diversité auprès de collaborateurs, afin de connaître leur ressenti par rapport aux engagements et actions entrepris par le Groupe¹³⁶⁷.

Dans le cadre d'une branche ou d'un groupe, d'autres actions accompagnent et sont prises en compte lors du suivi : la mise en place de conventions avec des organismes extérieurs en vue de favoriser la mise en œuvre d'actions concrètes visant à promouvoir la diversité et la mise en place de plans d'actions au sein des entreprises de la branche, en privilégiant la négociation des accords d'entreprise¹³⁶⁸. En effet, pour assurer le suivi effectif de l'accord de branche, il est indispensable d'étudier comment les engagements prévus à ce niveau ont été adoptés et réalisés au niveau de l'entreprise. L'adoption d'un accord collectif aux entreprises concernées semble être l'indice le plus crédible démontrant l'effectivité de l'accord de branche.

¹³⁶² Accord d'entreprise Agir Sécurité sur la diversité, la cohésion sociale et l'égalité des chances du 27 novembre 2017, art.5.

¹³⁶³ Accord du groupe HSBC France relatif à l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail du 8 mars 2018, art.8.6, Accord d'entreprise Armor relatif à la diversité et à l'égalité des chances du 18 janvier 2018, chapitre V-2, Accord relatif à l'égalité professionnelle, la promotion de la diversité et l'égalité des chances au sein du Groupe UGECAM Bretagne Pays de la Loire du 14 nov. 2018, art.18.

¹³⁶⁴ Accord d'entreprise sur la diversité et l'inclusion de GIE BNP PARIBAS CARDIF, 16 mars 2020, chapitre 2.

¹³⁶⁵ Accord d'entreprise Agir Sécurité sur la diversité, la cohésion sociale et l'égalité des chances du 27 novembre 2017, art.5.

¹³⁶⁶ Accord de groupe Accor du 11 janvier 2007 sur la diversité, art.6.2.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, art.6.1.

¹³⁶⁸ Accord de branche relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité dans les institutions de retraite complémentaire du 19 octobre 2015, art.2.2.

Outre les réunions, les rapports et les bilans, un autre élément devient de plus en plus important dans le but d'assurer le suivi effectif de l'accord : les indicateurs chiffrés. Nous allons analyser l'importance croissante de ces indicateurs pour la mise en œuvre effective des accords diversité¹³⁶⁹. Le renvoi à des indicateurs apparaît bien comme l'outil de suivi primordial pour un grand nombre d'accords¹³⁷⁰. Nous retrouvons ainsi, dans l'accord ou en annexe, les indicateurs employés et, selon le cas, des objectifs chiffrés¹³⁷¹ à prendre en considération. Pour certains accords, les indicateurs de l'accord sont liés aux indicateurs prévus par le Label Égalité et le Label Diversité, lorsque l'entreprise a obtenu ou s'est inscrite dans une démarche de labélisation¹³⁷².

290. **Les modalités du suivi non conventionnel.** En ce qui concerne les chartes, il n'y a pas des mesures de suivi spécifiques à relever, les chartes restant avant tout un engagement symbolique et moral. Cependant, dans le cadre de la Charte de la Diversité, un bilan est mis en place tous les deux ans dans l'objectif de suivre les actions des signataires et mettre en valeur leurs bonnes pratiques¹³⁷³.

En ce qui concerne le Label Diversité, le suivi est beaucoup plus concret. À la suite de l'obtention du Label, il incombe à l'organisme d'assurer « la mise en œuvre et la vérification de l'efficacité de toutes les actions d'amélioration définies dans le cadre de la réalisation de sa politique en matière de diversité ». L'Afnor attribue le Label Diversité pour une durée de quatre ans et prévoit un audit de suivi deux ans après la labellisation. Une fois les quatre ans révolus, l'entreprise souhaitant renouveler le Label doit passer à nouveau devant la commission de labellisation. Ce suivi fait l'objet d'une traçabilité définie et formalisée par avance, accompagnée des données démontrant l'efficacité de la mise en œuvre de la politique de diversité de l'organisme¹³⁷⁴. Le cahier des charges n'entre pas dans les détails concernant les modalités de ce suivi : nous pouvons en déduire qu'une large marge de manœuvre est accordée

¹³⁶⁹ Voir chapitre 6.

¹³⁷⁰ Accord d'entreprise Armor relatif à la diversité et à l'égalité des chances du 18 janvier 2018, chapitre V-1, Accord sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail de l'UES Suez du 22 janvier 2020, art. VII.

¹³⁷¹ Accord sur la promotion de la diversité, de l'égalité des chances et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes de la CPAM des Alpes-Maritimes du 21 févr. 2020, Accord sur la diversité et l'égalité des chances de la CPAM de la Charente du 20 déc. 2018

¹³⁷² Accord de l'UES Batigère, relatif au développement de l'égalité professionnelle et de la diversité du 26 juin 2015, accord relatif à la Qualité de vie au travail, à l'égalité professionnelle et à la Diversité au sein de l'UES Batigère du 24 janvier 2019.

¹³⁷³ Charte de la Diversité, Bilan Diversité, <https://www.charte-diversite.com/actions/bilan-diversite/>.

¹³⁷⁴ Cahiers des charges téléchargeables sur la page officielle de Afnor certification, <https://certification.afnor.org/ressources-humaines/label-diversite>.

aux entreprises quant à la façon de l'assurer. La seule condition semble être la mise en avant des données susceptibles de prouver que l'entreprise a mené les actions d'amélioration nécessaires pour maintenir le Label.

Paragraphe 2. L'effectivité du contrôle du non-respect de la norme

291. L'effectivité du contrôle du non-respect de la norme se manifeste par l'élément de contrainte et l'existence de sanctions à même de pénaliser le non-respect de la norme, et dissuader ainsi d'autres manquements. La contrainte souvent manifestée par la sanction est un mécanisme social de conformité à la règle qui figure à l'origine du contrat social et est crucial pour la pérennité de l'État de droit¹³⁷⁵. Certains auteurs considèrent la sanction comme étant à l'origine du droit, la création et l'acceptation d'un pouvoir commun résidant dans l'octroi à l'État du monopole de la justice et de la contrainte. La contrainte et la sanction apparaissent par conséquent comme des prérequis pour permettre la conservation de la vie en société. Comme le remarque Philippe Auvergnon, la faiblesse des sanctions peut se traduire comme une incitation à l'ineffectivité, puisque la faiblesse de la répression conduit à la méconnaissance des normes du droit du travail¹³⁷⁶. Si l'on se conforme à cette vision focalisée sur la contrainte traditionnelle, toute discussion sur l'effectivité d'une norme de *soft law* apparaît inutile.

En ce sens restreint, la sanction se traduit par la punition, par l'existence de la peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction et la mise en place de mesures répressives¹³⁷⁷. En un sens plus large, la sanction peut comprendre « toute mesure, même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation » ou, plus généralement encore, « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation »¹³⁷⁸. De ce point de vue, l'absence de force contraignante traditionnelle n'exclut pas l'effectivité juridique des normes techniques et de droit souple. Il serait toutefois impossible d'employer les mêmes critères d'évaluation pour tous les types de normes impliqués en matière de diversité. Nous allons par conséquent utiliser des critères différents pour évaluer l'effectivité juridique d'une norme juridique classique (A) et d'une norme technique ou de droit souple (B).

¹³⁷⁵ Joseph Reeves, Agathe Vitour (dir.), *Peur de la sanction et sanction de la peur*, 2018, Poitiers, Presses Universitaires de Poitiers, 2018, p. 17.

¹³⁷⁶ Philippe Auvergnon, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *op.cit.*, p. 598.

¹³⁷⁷ Gérard Cornu, *op.cit.*, p. 935.

¹³⁷⁸ *Ibid.*

A) Mesurer l'effectivité juridique d'une norme juridique classique

292. Pour évaluer l'effectivité d'une norme juridique classique, nous examinons si la norme est respectée et, si non, les mesures répressives existantes pour sanctionner les transgressions. Des enjeux axiologiques et économiques peuvent déterminer la nature de la sanction : celle-ci peut viser à protéger une valeur sociale promue par la société à un moment donné ou à répondre à des considérations économiques¹³⁷⁹. En droit du travail, nous pouvons remarquer une combinaison de deux systèmes de sanction et la coexistence de sanctions pénales, civiles et économiques. Le droit du travail se caractérise par une diversité quant à la nature des sanctions et aux autorités qui les infligent. Ainsi, la sanction peut émaner d'une autorité publique et être d'origine légale ou jurisprudentielle, ou d'une autorité privée, lorsqu'elle est le résultat de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Il est alors possible d'évoquer la « déjudiciarisation de la sanction »¹³⁸⁰ : le juge n'est pas le seul à pouvoir sanctionner, l'employeur détenant le pouvoir de direction, de gestion et de sanction¹³⁸¹ face à ses salariés.

Concernant l'effectivité des sanctions, prenons en considération les trois facteurs qui correspondent aux trois phases du processus de sanction : la détection de la violation, son traitement et son issue¹³⁸². La phase de détection est la plus importante pour garantir l'effectivité, puisqu'à défaut de détection, aucune violation ne peut être sanctionnée. Ainsi, dans la phase de détection, il faut examiner la visibilité des violations et les possibilités de signalement de celles-ci. Une infraction qui produit des dommages concrets à une victime identifiée est beaucoup plus visible et facile à détecter par rapport à une infraction « abstraite » sans victime personnalisée et dommages immédiats¹³⁸³. La deuxième phase consiste au traitement de l'information sur la violation. La détection d'une violation n'est pas automatiquement suivie d'un processus de sanction. Le déclenchement de celui-ci dépend de l'appréciation de cette information par l'instance compétente. Cette appréciation peut se révéler très compliquée lorsqu'un pluralisme de systèmes de contrôle intervient¹³⁸⁴, comme des organes publics ou privés ou encore le pouvoir judiciaire. La dernière phase concerne la sanction elle-même. Son effectivité se mesure tant par l'exécution que par la gravité des

¹³⁷⁹ Cécile Chainais, Dominique Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », in *Les sanctions en droit contemporain, volume 1 : la sanction, entre technique et politique*, Cécile Chainais, Dominique Fenouillet (dirs.), Paris, Dalloz, 2012, pp. XLIII -XLVII.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, p.XLVII.

¹³⁸¹ Cass. soc. 13 nov. 1996, n°94-13.187, *Société générale*.

¹³⁸² Pierre Lascoumes, Évelyne Serverin, *op.cit.*, p. 114.

¹³⁸³ Pierre Lascoumes, Évelyne Serverin, *op.cit.*, p. 114 et s.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 115-116.

sanctions prononcées. L'inexécution ou l'insignifiance d'une sanction peuvent ainsi constituer des indices de l'ineffectivité de la sanction¹³⁸⁵. Quant à la façon de mesurer l'efficacité, nous allons nous intéresser à son objet principal : les résultats. L'efficacité ou l'inefficacité d'une norme se manifeste par la réalisation ou la non-réalisation des résultats attendus¹³⁸⁶. Est inefficace la norme qui n'atteint pas ses objectifs, ou la norme qui produit des résultats différents de ceux attendus.

293. En ce qui concerne plus précisément l'effectivité juridique d'un accord collectif, il s'agit de prendre en considération différents critères. L'effectivité des accords collectifs est notamment mise en cause au niveau des accords européens et transnationaux, les accords adoptés au niveau national étant considérés comme effectifs à partir du moment où les critères de validité sont respectés¹³⁸⁷. Comme l'a démontré Madame Mathilde Frapard, en présence d'un accord transnational, il faut prendre en considération des critères intrinsèques et extrinsèques à la norme : les critères intrinsèques se réfèrent aux critères inhérents à la norme tels que sa nature, son contenu, l'existence ou non d'une sanction, tandis que les critères extrinsèques constituent des éléments extérieurs à la norme, tels que la connaissance et l'utilisation de la norme par ses destinataires¹³⁸⁸. Pour évaluer l'effectivité d'un accord collectif, il faut mettre l'accent sur certains éléments : la connaissance et l'appropriation de l'accord, ce qui implique un travail de diffusion interne et externe, la transposition de l'accord au niveau local et le suivi de l'accord. Pour assurer l'effectivité à ces différents niveaux, l'implication des partenaires sociaux est nécessaire.

Dans le cadre de la diffusion du contenu de l'accord, rappelons l'importance de la déclinaison de l'accord : comment un accord au niveau européen ou international se transpose-t-il au niveau national ? Puis, comment un accord national se décline-t-il aux niveaux de la branche, du groupe, de l'entreprise ou de l'établissement ? Comme nous l'avons déjà mentionné, l'étude de la DARES a considéré l'ANI de 2006 sur la diversité comme une démarche peu effective, en raison du nombre limité des accords au niveau de la branche et de l'entreprise, le manque d'une déclinaison de l'accord national aux niveaux inférieurs constituant un indice

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 116.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, pp. 118-120.

¹³⁸⁷ Sophie Nadal, « Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions », In *Rép. trav.*, janvier 2015 (actualisation avril 2020), §221 et s.

¹³⁸⁸ Mathilde Frapard, *op.cit.*, pp. 284-285.

d'ineffectivité de cet accord. Nous pouvons par conséquent nous inspirer de ces critères pour tenter d'évaluer l'effectivité des accords collectifs en matière de diversité.

B) L'effectivité juridique des normes dépourvues de force contraignante

294. Sous un prisme positiviste, « l'esprit humain est ainsi fait qu'une prescription non assortie de sanctions reste bien généralement sans aucun effet »¹³⁸⁹. La multiplication des instruments de droit souple est souvent critiquée en raison des doutes entourant son effectivité. Elle est même considérée comme une menace pesant sur l'ordre juridique traditionnel¹³⁹⁰. Toutefois, nous allons démontrer que l'absence de force contraignante n'équivaut pas nécessairement à un manque d'effectivité pour les normes techniques et de droit souple. Cependant, concernant ces normes, le raisonnement à suivre pour évaluer l'effectivité diffère largement du raisonnement présenté ci-dessus.

Vu le caractère incitatif de ces normes, nous nous éloignons de la logique de l'analyse des éléments répressifs et des sanctions. La création ainsi que la mise en œuvre d'une norme technique reposent sur la négociation, le consentement et la volonté des destinataires de la norme. De la même façon, la norme de droit souple n'est pas imposée par un tiers mais choisie, de façon consciente et volontaire, parce qu'il répond à un besoin de l'entreprise ou du secteur d'activité. Le principe de non-obligatorité de ce type de normes n'est pas un frein pour son effectivité ; au contraire, il constitue souvent la clé de leur réussite. Il semble toutefois très compliqué d'apporter une réponse homogène à la question de la force normative des normes de *soft law* et leur effectivité, même si l'on se focalise sur un type d'instrument de *soft law* comme les chartes ou les recommandations, ainsi que le révèle la Professeure Valérie Lasserre¹³⁹¹. En effet, le *soft law* ne peut pas être perçu comme un ensemble homogène dont les effets sont identiques. Son contenu est hétéroclite : par conséquent, sa réception par l'ordre juridique interne peut différer considérablement.

¹³⁸⁹ Jacques Maily, *La normalisation*, thèse, Paris, Dunod, 1946, p. 256.

¹³⁹⁰ Selon Federico Casolari, l'utilisation des instruments informels de *soft law* pour affronter des situations critiques, telles que l'immigration, peut constituer un danger potentiel, non seulement pour la gestion de cette situation mais aussi pour l'ordre juridique communautaire lui-même, dans la mesure où ce dernier permet à l'UE d'utiliser des instruments informels, non prévus et encadrés par l'ordre juridique communautaire. Federico Casolari, « The unbearable lightness of soft law : on the European Union's recourse to informal instruments in the fight against illegal immigration » In *L'Europe en kaléidoscope, Liber Amicorum Marianne Dony*, Emmanuelle Bribosia, Nicolas Joncheray, Areg Navasartian, Anne Weyembergh (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2019, pp. 466-468.

¹³⁹¹ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique : le droit de la gouvernance*, *op.cit.*, pp. 13-14.

295. La sanction est traditionnellement considérée comme un élément caractéristique substantiel de la norme juridique. Si l'on accepte le paradigme selon lequel la norme juridique est une règle obligatoire dont la méconnaissance doit être sanctionnée, l'on exclut automatiquement la norme souple des règles juridiques¹³⁹². La question qui se pose consiste par conséquent à savoir si et comment une norme dépourvue de force contraignante directe peut être effective juridiquement.

Pour répondre à cette interrogation, il nous semble nécessaire d'opérer une catégorisation des sanctions. Comme les normes peuvent varier du droit dur au droit semi-dur et au droit souple, existe également une échelle des sanctions¹³⁹³ : les sanctions dures comprennent les sanctions civiles, administratives et pénales prévues par la loi et imposées par l'autorité publique. Différentes échelles se trouvent au sein de cette catégorie, selon la gravité et l'objet de la sanction. Les sanctions semi-dures se réfèrent aux sanctions qui peuvent potentiellement être prononcées par les juges. Même si un texte ne le prévoit pas expressément, le juge peut par exemple sanctionner la violation d'une obligation prévue par un code de conduite que le justiciable s'est engagé personnellement à respecter, en dehors d'une obligation légale. Dans ce cadre, nous pouvons très bien incorporer la thématique de la diversité et saisir la responsabilité civile de l'employeur qui ne respecte pas ses engagements. Enfin, les sanctions extrajuridiques font partie des sanctions dites « souples ». Le caractère alternatif ne peut leur enlever la qualification de « sanction » : la contrainte économique, sociale, internationale, ou encore les menaces d'exclusion, peuvent se révéler aussi efficaces, voire davantage, que les sanctions juridiques traditionnelles. Par exemple, la perte ou le non-renouvellement du Label Diversité en raison du non-respect du cahier des charges peut affecter directement l'image de l'entreprise et éloigner de potentiels investisseurs ou consommateurs. De même, en présence d'une norme technique, la sanction peut se traduire par le placement de l'entreprise dans un état d'infériorité économique¹³⁹⁴.

296. Un autre élément d'évaluation de l'effectivité, particulièrement important pour les normes de droit souple, concerne la manière dont cette norme est reçue par ses destinataires : « l'efficacité des énoncés juridiques ne dépend pas seulement de leur caractère contraignant mais encore de l'adhésion des destinataires ; et cette adhésion est d'autant plus forte que leur contenu coïncide avec les représentations et les valeurs sociales dominantes. En apparaissant

¹³⁹² Catherine Thibierge, *op.cit.*.

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ Jacques Maily, *La normalisation*, Paris, Dunod, 1946, p. 271.

comme le garant d'une normalité sociale qu'il se borne à encoder, le droit crée les conditions d'une acceptabilité qui rendra superflu le recours à la contrainte »¹³⁹⁵. En effet, poursuivre un objectif de diversité et de lutte contre les discriminations fait sans doute partie « d'une valeur sociale dominante » qui est bien reçue par les partenaires sociaux. Sans oublier les objectifs managériaux et performatifs que nous avons analysés dans le premier chapitre, la mise en place des accords ou instruments RSE en matière de diversité est perçue comme une démarche qui contribue à la normalité sociale. Le retrait du Label Diversité pour l'entreprise qui met en avant sa réussite à obtenir le label constitue une sanction en soi : même si l'obtention du label constitue une démarche volontaire et aucune contrainte légale n'accompagne la non-obtention du label, son effectivité est assurée par la volonté des entreprises elles-mêmes.

297. **Effectivité et complémentarité des normes juridiques et extra-juridiques.** Il est impossible de nier la complexité qui ressort de l'internormativité : l'entrecroisement des systèmes normatifs peut constituer un frein à la cohésion et stabilité de l'ordre juridique : l'incertitude s'accroît lorsque disparaît l'élément de la contrainte, élément inhérent à la norme juridique classique¹³⁹⁶. Pour certains, ce phénomène crée un système de régulation où la norme juridique n'occupe plus la place centrale mais devient un instrument de régulation comme les autres, dans une interaction constante avec les normes extra-juridiques, politiques, économiques et sociales¹³⁹⁷. Pour nous, l'effectivité des normes de droit dur et de droit souple est mieux garantie si on les appréhende sous le prisme de la complémentarité. Lorsque la diversité est liée à la lutte contre les discriminations, l'effectivité est assurée par le cadre légal et les sanctions pénales et civiles prévues à cet effet. Lorsque la diversité est mise en place dans une optique d'amélioration performative ou dans un effort visant à dépasser les prescriptions légales, l'effectivité peut très bien être assurée dans le cadre du *soft law* et de la RSE.

En ce qui concerne plus précisément la lutte contre les discriminations, l'inscription de l'interdiction des discriminations dans la loi ainsi que la mise en place de sanctions légales sont des étapes incontestablement nécessaires. Toutefois, l'efficacité de cette approche punitive peut être mise en cause : selon l'Eurobaromètre de 2019 sur les discriminations¹³⁹⁸, 40 % des

¹³⁹⁵ Jacques Chevallier, *op.cit.*, p. 709.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 710.

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ À noter également une évolution de l'opinion publique depuis l'Eurobaromètre de 2015 sur le même sujet, où les pourcentages étaient les suivants : 36% considéraient les mesures non efficaces, 42 % les considéraient moyennement efficaces et 19%, efficaces.

Eurobaromètre spécial 493, *Discrimination dans l'Union Européenne*, mai 2019.

Français considèrent que les efforts réalisés pour lutter contre les discriminations ne sont pas du tout efficaces, 39% considérant que ces mesures sont moyennement efficaces et seulement 16% jugeant les mesures vraiment efficaces. Cette méfiance paraît corroborée par les éléments chiffrés produits par l'OIT¹³⁹⁹. La doctrine¹⁴⁰⁰ semble en accord avec cette vision de la situation, puisque même avec l'allègement de la preuve¹⁴⁰¹, prouver la discrimination à l'embauche et la discrimination indirecte demeure très compliqué pour les salariés. En effet, les délits flagrants de discrimination, tels que la mention de propos discriminatoires dans l'offre d'embauche¹⁴⁰², sont rares en comparaison avec les discriminations subtiles qui se déroulent au quotidien. De ce point de vue, nous pouvons comprendre l'importance d'adopter des normes qui vont agir en complémentarité avec le cadre légal antidiscriminatoire, tels que les accords en matière de diversité ou encore les engagements d'origine *soft law*. Outre l'approche punitive, des actions systématiques de prévention telles que la formation et la sensibilisation des recruteurs peuvent produire de résultats concrets à long terme. En outre, les sanctions issues d'un instrument de *soft law*, telles que la perte éventuelle du Label, peuvent servir de motivation supplémentaire en complément de la contrainte légale traditionnelle. Ces sanctions ne sont pas comparables aux sanctions légales du droit antidiscriminatoire, mais peuvent se révéler effectives, notamment lorsque l'image commerciale de l'entreprise est mise en danger.

298. **Conclusion.** L'effectivité juridique d'une disposition en matière de diversité dépendra de l'instrument juridique sur lequel elle s'appuie. Ce constat simple se complique lorsque des

Eurobaromètre spécial 437, *La discrimination dans l'Union européenne en 2015*, 2015.

¹³⁹⁹ Selon une enquête de 2017, une personne sur quatre estime avoir été discriminée dans sa vie professionnelle. OIT et Défenseur des droits, 10^e Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi, 2017.

¹⁴⁰⁰ Anne Danis-Fatôme, *op.cit.*, Cris Beauchemin, Christelle Hamel, Maud Lesné, Patrick Simon, « Les discriminations : une question de minorités visibles », *Population et Sociétés*, 2010, p. 466, Stéphane Carcillo, Maria-Anne Valfort, *Les discriminations au travail. Femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, Paris, Presses de SciencesPo, 2018, p. 189, Nicolas Moizard, « Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux », *Dr. soc.*, 2020, p. 320.

¹⁴⁰¹ Art.L.1134-1 du code du travail : « ... le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte... Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. »

¹⁴⁰² Citons l'exemple très connu de l'affaire « BBR » : constitue un délit d'offre d'emploi discriminatoire la mention « BBR » (bleu, blanc, rouge) sur le profil des candidats recherchés (art. 225-2, 5^e du code pénal). En l'espèce il s'agissait des hôtesses recherchées pour une animation-vente de produits coiffants. Les autres critères de l'offre relatifs aux mensurations et à l'âge étaient également des critères discriminatoires. Toutefois, conformément à l'art. 225-3 du Code pénal, il n'y a pas discrimination sur l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et proportionné (Cass. crim. 23 juin 2009, n°07-85.109, *RJS* 2009. 717, n°819; *JSL* 2009, n°263-4). Dans le même esprit, commet une discrimination fondée sur la nationalité l'employeur qui diffuse une offre d'emploi subordonnée pour le candidat à la condition de fournir une carte d'électeur (Cass. crim. 20 janv. 2009, n°08-83.710 P: *AJ pén.* 2009. 180, obs. Lasserre Capdeville).

instruments appartenant à des normativités différentes se combinent et interagissent. Un accord collectif sur la diversité peut très bien combiner des éléments du droit anti-discriminatoire avec des engagements plus abstraits appartenant au domaine de la RSE. En outre, au sein de la RSE et du droit souple, tout engagement n'a pas la même valeur juridique. Il incombe aux partenaires sociaux, notamment lors de la négociation collective, de prendre davantage en compte ce phénomène d'internormativité et de clarifier leurs intentions en matière de diversité, en mettant en place des méthodes de suivi effectives. Quant à la question de la sanction, il convient de l'aborder dans son sens large afin d'inclure les conséquences issues du non-respect d'un instrument de droit souple. Ces conséquences peuvent ne pas être toujours juridiques, mais elles ont un impact potentiel sur les actions de l'entreprise, soucieuse de son image. La contribution des partenaires sociaux est alors cruciale pour encadrer la diversité et lui accorder un sens qui peut être juridique, symbolique ou technique.

Chapitre 6. Les éléments chiffrés au service du diagnostic et du contrôle de la diversité au travail

299. Les éléments chiffrés jouent un rôle prépondérant, tant au niveau du diagnostic qu'au niveau de l'implémentation de la diversité au travail. Comme le démontre Alain Desrosières, ancien administrateur de l'INSEE, « les outils quantitatifs ne sont pas seulement des outils de *preuve*, utilisés par les scientifiques pour étayer leurs arguments, mais aussi des outils de *coordination*, ou de *gouvernement* »¹⁴⁰³. Ceci est d'autant plus vrai en matière de droit du travail, où l'adoption de nouvelles politiques est souvent dépendante des éléments chiffrés, l'exemple le plus évident étant celui du taux de chômage. Elle se manifeste également par la multiplication des obligations de négocier, qui délèguent aux partenaires sociaux le soin de définir les dispositifs juridiques de mise en œuvre d'objectifs fixés, une tâche qui appartenait auparavant à l'État¹⁴⁰⁴.

Cet enjeu est reconnu par certains négociateurs des accords collectifs en matière de diversité et les éléments chiffrés sont de plus en plus mis en avant dans le cadre de ces accords : « Considérant que toute action visant à corriger les éventuelles disparités de traitement suppose une connaissance précise des situations rencontrées, les parties signataires estiment indispensable de disposer, au niveau de la branche, des informations statistiques propres à assurer un suivi périodique des actions menées au titre de la promotion de la diversité et de l'égalité des chances »¹⁴⁰⁵. En effet, ce besoin s'inscrit dans la tendance à tout « objectiver » aux relations de travail : il faut « objectiver » la diversité afin de pouvoir démontrer l'effectivité de mesures entreprises en sa faveur. La tâche est néanmoins compliquée, notamment pour les aspects les plus sensibles de la diversité, pour lesquels les éléments chiffrés sont limités et dont le cadre légal actuel limite considérablement la possibilité d'y recourir.

300. L'examen des statistiques et des éléments chiffrés joue un rôle supplémentaire. Comme la négociation collective et la conclusion des accords collectifs contribuent à la juridicité de la diversité en la dotant d'un corps normatif, les éléments chiffrés contribuent à la concrétisation

¹⁴⁰³ Alain Desrosières, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, Paris, La découverte, 2014, pp. 35-36.

¹⁴⁰⁴ Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Nantes, Institut d'Études Avancées de Nantes, Paris, Fayard, 2015, p. 224.

¹⁴⁰⁵ Accord de branche relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité dans les institutions de retraite complémentaire du 19 octobre 2015, art.1^{er}.

de ses objectifs et de ses effets. Nous avons remarqué que les partenaires sociaux font en réalité très rarement appel à des indicateurs, à l'exception des indicateurs légaux employés en matière d'égalité professionnelle, ce qui renforce l'idée d'un accord diversité à portée davantage symbolique que juridique. Nous souhaitons par conséquent démontrer les possibilités et les risques encourus par les partenaires sociaux quant au recours aux éléments chiffrés.

Le débat sur les éléments chiffrés en matière de diversité est en réalité lié au débat plus large de la place de la statistique en droit du travail et notamment dans le domaine de la lutte contre les discriminations, domaine par excellence des indicateurs. En droit du travail, les statistiques sur l'emploi ne constituent pas une nouveauté ; elles sont courantes à l'échelle internationale et nationale et se trouvent souvent à l'origine de nouvelles réformes (*section 1*). Toutefois, quantifier une notion telle que la diversité est particulièrement complexe et nécessite des indicateurs pertinents, ainsi qu'une procédure spécifique d'interprétation de ces indicateurs (*section 2*).

Section 1. La place des statistiques en droit du travail

301. En tant que discipline scientifique, la statistique sert à construire des représentations de la réalité et, par ce biais, contribuer à la transformation de celle-ci¹⁴⁰⁶. Son objet paraît simple : compter, mesurer, catégoriser. D'un autre côté, le droit s'appuie également sur des représentations de la réalité, non pas pour mesurer mais pour enregistrer et codifier des règles de vie en société¹⁴⁰⁷. Les deux disciplines peuvent se servir l'une de l'autre pour réaliser leurs objectifs : pour le droit, la statistique « devient un étalon de normalité à partir duquel on mesure les écarts constatés dans les cas individuels »¹⁴⁰⁸. La statistique représente ainsi l'instrument par excellence de la quantification des faits économiques et sociaux¹⁴⁰⁹.

On pourrait imaginer qu'en matière d'éléments chiffrés, on peut laisser de côté le facteur humain et subjectif et obtenir de résultats clairs, neutres, représentant parfaitement la réalité. Toutefois, cette vision est utopique, les résultats obtenus dépendant largement de l'institution

¹⁴⁰⁶ Thomas Amosse, « Droit et statistique : éléments d'une histoire croisée, ce que nous apprennent les œuvres d'Alain Desrosières et Alain Supiot » In *Variations juridiques et sociologiques, regards experts sur de grandes mutations du Droit*, Marc Dalloz (dir.), L'Harmattan, Paris, 2016, p. 17.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁴⁰⁹ Alain Supiot, *op.cit.*, p. 119.

qui les fournit, sa légitimité, ses objectifs et les données sur lesquelles elle s'appuie¹⁴¹⁰. Selon Alain Desrosières, « pour qu'une statistique joue son rôle social de référent supposé neutre, au-dessus des parties d'un conflit et des groupes sociaux, elle doit être instituée, garantie par des procédures démocratiques elles-mêmes légitimes »¹⁴¹¹. Le problème de la neutralité a été posé dès les années 1970, au sujet des statistiques publiques sur le chômage ; la définition même de la notion que l'on cherche à quantifier peut altérer significativement les résultats obtenus. Il existe effectivement plusieurs façons et critères à retenir pour définir le « chômage », et la définition choisie peut avoir un impact direct sur les calculs finaux¹⁴¹². Les mêmes questions d'interprétation biaisée se posent à nouveau par rapport à l'utilisation des algorithmes, de plus en plus employés en matière de ressources humaines¹⁴¹³.

Suivant ce raisonnement, les statistiques en ce qui concerne l'emploi sont encadrées de manière restrictive à l'échelle internationale, européenne et nationale (A). En matière de diversité, une problématique supplémentaire apparaît, celle de la collecte des données sensibles ; pour certains auteurs, il semble indispensable de recourir à des moyens de mesure des données sensibles afin d'opérer un diagnostic et un suivi effectifs et représentatifs de la réalité en entreprise. La question des statistiques ethniques est un sujet particulièrement sensible, qui a donné lieu à un vif débat en France (B).

Paragraphe 1. Les statistiques sur l'emploi : à la recherche d'effectivité, d'égalité et de performance

302. La mise en place des statistiques sur l'emploi servait depuis toujours des objectifs concrets qui peuvent être liés à des objectifs familiers en matière de diversité tels que l'égalité, la performance et l'effectivité. L'emploi croissant d'éléments chiffrés en matière d'emploi est également lié à l'essor des obligations de négocier pour les partenaires sociaux, ceux-ci étant

¹⁴¹⁰ Alain Desrosières, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, op.cit., p. 74.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁴¹² Faut-il prendre en compte seulement le nombre des inscrits dans les fichiers de Pôle Emploi ? Si oui, quelles catégories de chômeurs faut-il inclure, vu l'existence de différentes catégories de chômeurs, complets et partiels ? La réponse à ces questions dépend des rapports et besoins sociaux de chaque époque et n'est pas toujours objective et neutre.

Alain Desrosières, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, op.cit., pp. 78-81.

¹⁴¹³ V. chapitre 3.

de plus en plus appelés à se focaliser sur la réalisation d'objectifs concrets et chiffrés, comme en matière d'égalité professionnelle¹⁴¹⁴.

Il convient tout d'abord d'opérer une distinction importante, la distinction entre statistique officielle et statistique privée. La statistique privée est effectuée par des organismes privés à la demande de leurs clients. La statistique officielle est effectuée par des organismes publics suivant une méthodologie et des critères précis, dans le but de fournir à l'administration publique les données nécessaires en matière économique, démographique, sociale, etc.¹⁴¹⁵. Dans ce paragraphe, il s'agira notamment d'étudier plus avant les statistiques officielles en matière d'emploi afin d'examiner le cadre légal à différents niveaux : à l'échelle internationale (A), européenne (B) et nationale (C). Les statistiques et les indicateurs étant relativement peu utilisés au sein des accords diversité (à l'exception des indicateurs sur l'égalité professionnelle, bien encadrés par la loi), notre objectif est de mettre en lumière des systèmes statistiques et des indicateurs qui peuvent être inconnus des partenaires sociaux français ou européens lors de leur négociation collective en matière de diversité.

A) Les statistiques sur l'emploi à l'échelle internationale : la mise en avant de la performance

303. « L'essor des sciences sociales, comme d'ailleurs l'essor des sciences juridiques dans le domaine des relations internationales contribuent de manière très nette à infléchir le rapport au réel : taxinomie, catégorisation, règle et norme se substituent à une perception affective, symbolisée, incarnée du réel. »¹⁴¹⁶

En effet, le développement de relations internationales et, par conséquent, de normes juridiques internationales est intéressé par le développement des outils statistiques permettant de révéler les points communs et divergents entre les différents pays. Les statistiques au niveau

¹⁴¹⁴ Pour le Professeur Alain Supiot, l'essor des obligations de négocier contribue à l'asservissement des entreprises à la réalisation d'objectifs. Alain Supiot, *op.cit.*, p. 223.

¹⁴¹⁵ « La statistique officielle constitue un élément indispensable du système d'information de toute société démocratique, fournissant aux administrations publiques, au secteur économique et au public des données concernant la situation économique, démographique et sociale et la situation de l'environnement. À cette fin, des organismes responsables de la statistique officielle doivent établir les statistiques officielles selon un critère d'utilité pratique et les rendre disponibles, en toute impartialité, en vue de rendre effectif le droit d'accès des citoyens à l'information publique. »

Assemblée générale des Nations Unis, *Résolution 68/261 Principes fondamentaux de la statistique officielle, adoptée le 29 janvier 2014*, <https://unstats.un.org/unsd/dnss/gp/FP-New-F.pdf>.

¹⁴¹⁶ Dzovinar Kévonian, « La légitimation par l'expertise : le Bureau international du travail et la statistique internationale », *Les cahiers Irice* 2008/2 (n°2), p. 84.

international servent davantage, par conséquent, des objectifs de *benchmarking* et sont tournés vers la recherche d'effectivité et de performance des différents régimes juridiques. Nous pouvons ainsi constater que toutes les organisations internationales ont mis en place des instances spécifiques chargées de recueillir les données et produire des statistiques couvrant différents aspects de l'emploi. La diversité, bien que non directement traitée, apparaît sous différentes formes à travers les indicateurs et les statistiques examinant ses différents aspects.

304. **Organisation internationale du travail (OIT).** Dès sa création, en 1919, l'OIT a promu l'outil statistique comme un élément fondamental valorisé de l'institution¹⁴¹⁷. Il s'agit d'un outil indispensable afin que l'OIT puisse accomplir son rôle, le rôle du créateur des normes internationales en droit du travail. La création des normes implique une conscience et une mise en relation des réalités sociales nationales, afin de mettre en avant les valeurs et les enjeux communs en droit du travail sur une base mondiale¹⁴¹⁸. L'usage de l'outil statistique par l'OIT se caractérise par une double fonction : il est à la fois descriptif et prescriptif, il sert à la fois à l'acquisition des connaissances et à déclencher l'action¹⁴¹⁹. L'OIT était, dès l'origine, soucieuse de légitimer ses outils statistiques et, dans ce but, elle a organisé des conférences internationales de statisticiens du travail¹⁴²⁰. Ces conférences visaient à définir les principes généraux de la méthodologie des statistiques, afin de promouvoir des pratiques de travail collectif et d'établir une périodicité des publications statistiques de l'institution¹⁴²¹. Outre l'organisation de ces conférences, l'OIT a mis en place son propre Département de Statistique (*Ilostat*) chargé de fournir des statistiques pertinentes, fiables et comparables et d'aider les États membres à développer et à améliorer leurs statistiques du travail¹⁴²².

Actuellement, l'OIT utilise une série d'indicateurs sur l'emploi et le marché du travail ; en effet, chaque indicateur employé correspond à un objectif posé par l'OIT ; par exemple, l'indicateur de la « part des femmes dans l'emploi dans des postes de direction » correspond à l'objectif de « parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles »¹⁴²³. D'autres

¹⁴¹⁷ Dzovinar Kévonian, *op.cit.*, p. 82.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 83.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 85.

¹⁴²⁰ L'OIT a organisé six conférences des statisticiens du travail, la première a eu lieu en octobre-novembre 1923 et la dernière en septembre-octobre 1937. Les thématiques comprenaient les statistiques sur les salaires et les heures de travail, les statistiques sur le chômage, les statistiques de conventions collectives, les statistiques de migrations internationales et la classification des industries et des professions.

Dzovinar Kévonian, *op.cit.*, pp. 97-98.

¹⁴²¹ *Ibid.*, pp. 97-98.

¹⁴²² Organisation internationale du travail, *Ilostat*, page officielle <https://ilostat.ilo.org>.

¹⁴²³ Organisation internationale du travail, *Ilostat*, *Indicateurs Clés du Marché du Travail*,

indicateurs sont rattachés à des catégories statistiques ; par exemple, la catégorie « distribution des gains » comprend les indicateurs « Taux de bas salaires par sexe », « Proportion de femmes dans les salariés rémunérés des bas salaires » et « Écart de salaires entre hommes et femmes par profession ». Les indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes sont nombreux et occupent une place importante dans la politique statistique de l'OIT. Concernant les indicateurs qui pourraient être utilisés dans une perspective de diversité, hormis les indicateurs sur le sexe, l'OIT fournit également des indicateurs sur l'âge, le niveau d'éducation, la distinction entre zones urbaines et rurales et la migration des travailleurs¹⁴²⁴.

305. **Banque Mondiale.** La Banque Mondiale a créé des indicateurs destinés à mesurer « l'efficacité de l'environnement réglementaire du monde des affaires »¹⁴²⁵. L'objectif de ces indicateurs consiste à évaluer les différents systèmes juridiques par rapport à leur efficacité économique. Dans son rapport *Doing Business* de 2004, la Banque Mondiale montre sa conception pour un droit du travail efficace¹⁴²⁶ ; d'un côté, le droit du travail doit protéger les travailleurs des discriminations et de l'arbitraire ; de l'autre, la réglementation ne doit pas être très rigide afin de ne pas conduire à une augmentation du taux du chômage. Pour la Banque Mondiale, garantir une meilleure flexibilité peut contribuer à un plus grand nombre d'emplois. Par conséquent, les indicateurs sur l'emploi mis en exergue incluent les indices suivants : la difficulté de recruter (possibilité de recruter à durée déterminée), la rigidité des horaires (possibilité de recourir au travail de nuit ou au travail de week-end, possibilité d'augmenter les horaires de travail) et la difficulté de licencier (obligations de l'employeur d'informer, de motiver, de demander une autorisation avant de procéder à un licenciement). Ce rapport, publié en 2004, a présenté le régime civiliste français comme inefficace, par opposition aux régimes de common law, qui sont beaucoup plus flexibles. Il appliquait la théorie de « *legal origins* », selon laquelle « l'appartenance à l'une des grandes traditions juridiques détermine le niveau de

http://www.ilo.org/ilostat/faces/ilostat-home?locale=fr&_afLoop=21240979048541#!%40%40%3Flocale%3Dfr%26_afLoop%3D21240979048541%26_adf.ctrl-state%3D5g1oohb70_54.

¹⁴²⁴ Organisation internationale du travail, Ilostat, *Indicateurs Clés du Marché du Travail*, http://www.ilo.org/ilostat/faces/ilostat-home?locale=fr&_afLoop=21240979048541#!%40%40%3Flocale%3Dfr%26_afLoop%3D21240979048541%26_adf.ctrl-state%3D5g1oohb70_54.

¹⁴²⁵ Rapports *Doing Business* publiés par la Banque Mondiale. V. aussi Yann Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 161 et s..

¹⁴²⁶ Banque Mondiale, *Doing Business in 2004 : understanding regulation*, rapport n°27147, 2003.

développement des marchés financiers »¹⁴²⁷. En effet, un régime de « bonne gouvernance », pour la Banque sociale, est un régime où l'intervention de l'État dans le domaine social et culturel est réduite au profit des initiatives privées et de la « société civile »¹⁴²⁸. Toutefois, suivant les évolutions récentes en droit du travail français, la flexibilité et la dérégulation se trouvent au cœur des nouvelles lois et ordonnances. Comme le démontrent les nouvelles dispositions relatives au CDD et au licenciement, le droit français semble s'aligner progressivement sur l'idéal du droit du travail efficace de la Banque Mondiale. Cette incitation de la Banque Mondiale visant à la mise en place d'un système juridique plus efficace économiquement rejoint les démarches diversité managériales, tournées vers l'objectif de performance économique (voir ch.1).

306. Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE). L'OCDE s'intéresse également à la réglementation relative au licenciement individuel et collectif et aux contrats temporaires, comme le démontre son indicateur « de protection de l'emploi »¹⁴²⁹. Il s'agit encore de « mesurer » les contraintes imposées à l'employeur par rapport aux délais à respecter, à la justification et aux indemnités dues en cas de licenciement. Nous retrouvons, à l'OCDE, la conception du droit du travail efficace de la Banque Mondiale, ainsi que la conception selon laquelle une réduction des protections relatives au licenciement conduit à l'augmentation de la production d'emplois¹⁴³⁰. La diversité au travail apparaît comme un facteur économique : la discrimination ne permet pas d'exploiter le potentiel économique de la diversité et conduit à une perte de productivité et de performance¹⁴³¹. Dans les indicateurs utilisés par l'OCDE, on retrouve les facteurs du sexe, de l'âge et du niveau d'éducation dans la base de données sur les « rémunérations et salaires » (les écarts salariaux étant mesurés par rapport à ces critères)¹⁴³², ainsi que dans la base de données sur le chômage¹⁴³³.

¹⁴²⁷ Bertrand du Marais, « Les trois enjeux majeurs des rapports Doing Business », in *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Bertrand du Marais (dir.), Paris, La documentation française, 2006, p. 9.

¹⁴²⁸ Alain Supiot, *op.cit.*, p. 47 et p. 210.

¹⁴²⁹ Yann Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 163.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 164.

¹⁴³¹ OCDE, *International Diversity Forum*, 22 janvier 2018, Paris, <https://www.oecd.org/inclusive-growth/inequality-and-opportunity/events/international-diversity-forum-2018/Full-programme-guide.pdf>.

¹⁴³² OCDE, *Base de données sur l'emploi - Rémunérations et salaires*,

<http://www.oecd.org/fr/emploi/emp/basededonneessurleemploi-remunerationsetsalaires.htm>.

¹⁴³³ OCDE, *Base de données sur l'emploi – Chômage*, <http://www.oecd.org/fr/els/emp/basededonneessurleemploi-chomage.htm>.

307. **L’Institut International de statistique (I.I.S.)**. Fondé en 1885, l’Institut International de statistique était l’innovateur en matière de statistique à l’échelle internationale. Le besoin de fonder une organisation pour faciliter les comparaisons internationales, indépendamment des influences politiques, est apparu lors des réunions et congrès organisés par des statisticiens¹⁴³⁴. Les fondateurs ont alors opté pour la création d’une « association scientifique entièrement libre et indépendante des gouvernements, ne comprenant qu’un nombre assez limité de membres et constituant ainsi une sorte d’académie internationale »¹⁴³⁵.

L’I.I.S. est constitué de sept associations, chacune traitant de thématiques statistiques différentes¹⁴³⁶. Parmi celles-ci, l’*International society for business and industrial statistics* (ISBIS) est l’association qui s’occupe des statistiques sur l’emploi¹⁴³⁷. Lors d’une conférence organisée en juin 2017¹⁴³⁸, l’ISBIS explique l’intérêt des statistiques internationales pour les entreprises : en effet, pour faire face à la forte concurrence caractérisant le marché actuel, les entreprises doivent s’améliorer et évoluer constamment ; pour y parvenir, les données statistiques constituent un outil important, qui peut s’intégrer aux politiques de marketing, de finance et de management de l’entreprise. Selon l’ISBIS, l’utilisation de statistiques permet à l’entreprise d’améliorer son efficacité et son pouvoir décisionnel. L’on retrouve alors l’objectif de performance et d’efficacité économique, qui constitue également un objectif moteur des politiques en matière de diversité ; un objectif qui se concrétise davantage à travers des éléments chiffrés.

308. **Nations Unies**. La Commission de statistique des Nations Unies a formulé les principes fondamentaux de la statistique officielle¹⁴³⁹. Conformément à ces principes, toute organisation responsable de la production de statistiques officielles doit être impartiale quant à la collecte et la diffusion des données. En outre, elle doit sélectionner les méthodes utilisées de façon professionnelle, en prenant en considération les principes scientifiques et éthiques. Enfin, il faut qu’elle garantisse la protection des données personnelles recueillies auprès d’individus et d’entreprises, principe d’importance en matière de statistiques sur l’emploi. L’instance engagée pour accomplir ce travail au sein de Nations Unies et au soutien de la Commission de statistique

¹⁴³⁴ Gabriel Chevy, « L’Institut international de statistique (I.I.S.) », *Economie et statistique*, N°13, Juin 1970, p. 63.

¹⁴³⁵ *Ibid.*

¹⁴³⁶ ISI Associations, <https://isi-web.org/index.php/portfolio>.

¹⁴³⁷ International society for business and industrial statistics (ISBIS), <http://www.isbis-isi.org/>.

¹⁴³⁸ ISBIS 2017 Meeting on Statistics in Business and Industry, <http://www.isbis2017.org/home/>.

¹⁴³⁹Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution 68/261 Principes fondamentaux de la statistique officielle*, adoptée le 29 janvier 2014, <https://unstats.un.org/unsd/dnss/gp/FP-New-F.pdf>.

est la Division de la Statistique¹⁴⁴⁰ : comme les autres instances que nous avons mentionnées, elle vise à fournir des informations statistiques à l'échelle mondiale, tout en soutenant le renforcement de systèmes statistiques nationaux. Nous mettons l'accent sur le Programme de Statistiques d'entreprise (*Business Statistics Programme*)¹⁴⁴¹ qui, dans le cadre de l'Agenda 2030 pour le développement durable des Nations Unies, adopte une approche intégrée incorporant des données économiques, sociales, démographiques et environnementales. Enfin, dans un onglet spécifique dédié aux statistiques démographiques, figurent également des statistiques spécifiques sur le genre et le handicap¹⁴⁴².

B) Les statistiques sur l'emploi à l'échelle européenne

309. Au niveau européen, l'agence statistique la plus importante est celle de l'Office statistique des Communautés européennes (Eurostat). La mission d'Eurostat consiste à fournir un service d'information statistique de haute qualité à l'Union européenne. Créée en 1953, Eurostat fait partie des directions générales de la Commission. Son rôle consiste principalement « à fournir des statistiques aux autres directions générales et à transmettre à la Commission ainsi qu'aux autres institutions européennes des données de façon à ce qu'elles puissent définir, mettre en œuvre et analyser les politiques communautaires »¹⁴⁴³. Un système statistique européen (SSE) a été mis en place afin d'assurer la fiabilité de la statistique de l'Union européenne ; il s'agit d'un réseau qui lie l'autorité statistique de l'Union avec les instituts nationaux de statistique (INS) et les autres autorités nationales responsables de cette matière dans chaque État membre de l'Union et les pays appartenant à l'Association européenne de libre-échange (AELE)¹⁴⁴⁴.

En 2001, le « Comité du programme statistique » a édicté les six critères officiels de qualité caractérisant la statistique de l'UE : « la pertinence, la précision, l'actualité, l'accessibilité, la comparabilité et la cohérence »¹⁴⁴⁵. En 2005, le Code de bonnes pratiques de la statistique européenne est promulgué et son premier article met en exergue un autre élément important de la fiabilité de statistique européenne : l'indépendance professionnelle à l'égard des

¹⁴⁴⁰ Division de la Statistique, <https://www.un.org/development/desa/fr/about/desa-divisions/statistics.html>.

¹⁴⁴¹ Division de la Statistique, *Business Statistics*, <https://unstats.un.org/unsd/business-stat/>.

¹⁴⁴² Division de la Statistique, *Demographic and Social Statistics*, <https://unstats.un.org/unsd/demographic-social/index.cshhtml>.

¹⁴⁴³ Eurostat, *Vue d'ensemble*, <http://ec.europa.eu/eurostat/about/overview>.

¹⁴⁴⁴ Eurostat et le système statistique européen, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Eurostat_and_the_European_Statistical_System/fr.

¹⁴⁴⁵ Alain Desrosières, *Gouverner par les nombres, L'argument statistique II*, Paris, Presses des Mines, 2008, p. 121.

interventions politiques et à l'égard des interférences externes¹⁴⁴⁶. Cette indépendance doit être apparente au niveau de la production et au niveau de la diffusion des statistiques européennes¹⁴⁴⁷.

La statistique de l'UE affronte un double défi : assurer le suivi des progrès accomplis par chaque pays, ainsi que l'évaluation de la situation générale dans l'Union¹⁴⁴⁸. Il convient de préciser que, en raison de la diversité des politiques et systèmes sociaux nationaux et la variété des organisations et des méthodes des systèmes statistiques nationaux, il ne suffit pas de calculer la somme des données nationales pour obtenir les données européennes¹⁴⁴⁹ : la fabrication des indicateurs européens requiert la création d'un langage européen commun qui sert à traduire les chiffres nationaux en chiffres proprement européens¹⁴⁵⁰.

310. En matière de statistiques européennes sur l'emploi, plusieurs domaines semblent être couverts par Eurostat : nous pouvons nous référer au taux d'emploi en fonction du sexe, de l'âge et du niveau d'études, au taux de travail à temps partiel, et à contrats à durée déterminée ainsi qu'au taux de personnes occupant plus d'un emploi¹⁴⁵¹. Un autre exemple est celui des statistiques sur les marchés du travail au niveau régional¹⁴⁵² : les données extraites en 2019 montrent que certains groupes (écarts hommes-femmes, chômage des jeunes, handicap, etc.) font toujours l'objet de discriminations et se trouvent exclus ou sous-représentés sur le marché du travail. Ces statistiques s'opèrent dans le cadre de l'Enquête sur les forces de travail dans l'UE (EFT-UE)¹⁴⁵³, une enquête d'Eurostat qui vise à recenser la situation et les tendances des marchés du travail nationaux et de l'UE. Cette enquête vise également à analyser les politiques

¹⁴⁴⁶ Le Code de bonnes pratiques de la statistique européenne a directement influencé la statistique française : « En décembre 2005, le directeur général de l'INSEE transmettait au cabinet du ministre un projet de décret ayant un double objet. D'une part, il affirmait l'indépendance professionnelle du service statistique public, qui comprend l'INSEE et les services statistiques ministériels, et la définissait précisément en reprenant les termes du Code de bonnes conduites de la statistique européenne. D'autre part, il prévoyait la création d'un « conseil de la statistique publique », principalement chargé de veiller au respect de l'indépendance professionnelle du service statistique public. »

Jean-Michel Charpin, « Statistiques : les voies de la confiance », *Revue économique*, 2010/3 (Vol. 61), p. 371-393.
¹⁴⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁴⁸ Eurostat, *Statistiques sur l'emploi*,
http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/fr.

¹⁴⁴⁹ Isabelle Bruno, « La déroute du « benchmarking social ». La coordination des luttes nationales contre l'exclusion et la pauvreté en Europe », *Revue Française de Socio-Économie*, 2010/1 (n°5), p. 41-61, Delphine Nivière, « Négocier une statistique européenne : le cas de la pauvreté », *Genèses* 2005/1 (n°58), p. 28.

¹⁴⁵⁰ Isabelle Bruno, *op.cit.*, p. 41-61.

¹⁴⁵¹ Eurostat, *Statistiques sur l'emploi*,
http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/fr.

¹⁴⁵² Eurostat, *Statistiques sur les marchés du travail au niveau régional*, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Labour_market_statistics_at_regional_level/fr.

¹⁴⁵³ Eurostat, *Emploi et chômage (LFS/EFT)*, <https://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/lfs>.

et stratégies européennes en faveur de l'emploi, y compris les objectifs de la Stratégie européenne pour l'emploi, ce qui inclut des objectifs liés directement ou indirectement à la diversité au travail. Par exemple, pour les prochaines années, l'EFT-UE a prévu les modules suivants : en 2021, une enquête sur le marché de travail et les situations des migrants et leurs descendants, en 2024, une enquête sur l'emploi des jeunes, en 2025, une enquête sur la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée. L'objectif, comme dans le cas de l'OIT, est double : d'un côté, les statistiques sur l'emploi se trouvent « au cœur » des politiques de l'UE ; de l'autre, elles permettent d'effectuer des recherches sur l'évolution au sein des marchés du travail¹⁴⁵⁴.

311. Précisons que le juge est habitué à employer des statistiques, notamment en matière de droit anti-discriminatoire. Les statistiques peuvent constituer un moyen de preuve en matière de discrimination indirecte, le salarié victime d'une telle discrimination ne pouvant produire une preuve en se fondant sur une comparaison avec la situation de ses collègues. Les statistiques peuvent ainsi être utilisées pour fournir une analyse des effets de la règle sur une catégorie de la population¹⁴⁵⁵. Ceci a été consacré par la jurisprudence de la Cour de Justice, notamment en matière de discrimination sur le sexe : « lorsque des statistiques significatives laissent apparaître une différence sensible de rémunération entre deux fonctions de valeur égale dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre principalement par des hommes, l'article 119 du Traité CEE impose à l'employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »¹⁴⁵⁶. La Cour de justice a apporté des précisions quant à l'utilisation des statistiques en tant que moyen de preuve : « les statistiques sont considérées « significatives » lorsqu'elles portent sur un nombre suffisant d'individus et ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels »¹⁴⁵⁷

¹⁴⁵⁴ Eurostat, *Statistiques sur l'emploi*,

http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/fr.

¹⁴⁵⁵ Marie-Cécile Escande-Varniol, « Égalité entre hommes et femmes au travail : Les indemnités de licenciement sont des rémunérations susceptibles d'engendrer des discriminations indirectes », *D.* 2000, p. 182.

¹⁴⁵⁶ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84, CJCE, 13 juill. 1989, *Rinner-Kühn*, aff. 171/88, CJCE, 27 oct. 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, *D.* 1994, Somm. p. 301, obs. M.-T. Lanquetin, CJCE, 9 févr. 1999, aff. C-167/97, *Seymour-Smith*, *AJDA* 1999. 798, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues; *D.* 2000. 182, note M.-C. Escande-Varniol, CJUE 19 avr. 2012, *Meister*, n°C-415/10 ; *D.* 2012, p. 1132, *RDT* 2012, p. 497, obs. Moizard.

¹⁴⁵⁷ CJCE, 27 oct. 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, *D.* 1994, Somm. p. 301, obs. M.-T. Lanquetin, §17. Voir aussi Marie-Thérèse Lanquetin, « Les femmes occupant le même emploi que les hommes doivent être payées comme eux à défaut de différence objective dans la valeur du travail accompli », *D.*, 1998, p. 259.

et elles sont « suffisantes » quand elles démontrent qu'un taux beaucoup plus élevé ou considérablement plus important de travailleurs de l'un des deux sexes se trouve défavorisé¹⁴⁵⁸.

312. Nous pouvons également mentionner des initiatives statistiques entreprises en dehors du cadre de l'UE mais avec son soutien, telle que l'Enquête Sociale Européenne (ESS), dispositif d'enquête pan-européen qui fournit des données en accès libre et gratuit aux chercheurs, décideurs, à la société civile et au grand public¹⁴⁵⁹. La 7^{ème} édition de l'ESS se focalise plus particulièrement sur les « attitudes à l'égard de l'immigration et leurs déterminants », en offrant des réponses intéressantes sur un sujet très sensible à travers des indicateurs qui mesurent les « attitudes envers les différentes catégories de migrants », ou encore « la perception des effets de l'immigration sur l'emploi »¹⁴⁶⁰.

Ces initiatives statistiques sont toutefois bien encadrées, l'UE étant également intervenue pour protéger les données personnelles, à travers le Règlement général sur la protection des données (RGPD)¹⁴⁶¹, entré en vigueur le 25 mai 2018. Selon les considérants du règlement, « le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité » et le règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, et en particulier la diversité culturelle, religieuse et linguistique¹⁴⁶². En ce qui concerne les accords d'entreprise, ils peuvent « prévoir des règles spécifiques relatives au traitement des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail, notamment les conditions dans lesquelles les données à caractère personnel dans le cadre des relations de travail peuvent être traitées sur la base du consentement de l'employé, aux fins du recrutement, de l'exécution du contrat de travail, y compris le respect des obligations fixées par la loi ou par des conventions collectives, de la gestion, de la planification et de l'organisation du travail, de l'égalité et de la diversité sur le lieu de travail, de la santé et de la sécurité au travail, et aux fins de l'exercice et de la jouissance des droits et des

¹⁴⁵⁸ CJUE 20 oct. 2011, *Brachner*, aff. C-123/10, *Rev. UE* 2013. 313, chron. E. Sabatakakis, CJCE, 23 oct. 2003, *Becke*, aff. C-5/02.

¹⁴⁵⁹ En 2013, l'ESS a acquis le statut juridique de consortium pour une infrastructure européenne de recherche (ERIC, European Research Infrastructure Consortium).

https://www.europeansocialsurvey.org/docs/about/ESS_Prospectus_French.pdf.

¹⁴⁶⁰ Anthony Heath, Lindsay Richards, *Les attitudes à l'égard de l'immigration et leurs déterminants : principaux résultats de la 7^{ème} édition de l'Enquête Sociale Européenne*, ESS ERIC, février 2018,

https://www.europeansocialsurvey.org/docs/findings/TL7_Immigration-Belgian-French.pdf.

¹⁴⁶¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

¹⁴⁶² *Ibid.*, considérant (4).

avantages liés à l'emploi, individuellement ou collectivement, ainsi qu'aux fins de la résiliation de la relation de travail »¹⁴⁶³. Les données recueillies dans le cadre d'un accord diversité font par conséquent partie des thématiques traitées dans le cadre du RGPD et seront soumises au contrôle d'autorités publiques indépendantes chargées de surveiller son application¹⁴⁶⁴, un rôle confié en France à la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL).

C) Les statistiques sur l'emploi en France

313. En France, l'utilisation des statistiques ne constitue pas une nouveauté dans le domaine du travail : les premières traces des statistiques du travail remontent à la fin du XIX^e siècle, avec la création de l'Office du travail et du corps de l'inspection du travail¹⁴⁶⁵. Il s'agissait d'enquêtes dont l'objet variait : les revenus et les salaires, le nombre de grèves et d'accidents du travail, le taux de chômage. En 1946, l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) a été créé, avec une double fonction : celle de « producteur de statistiques, greffier de l'État et celle du chargé du développement des études statistiques dans un vaste domaine qui couvre le champ démographique, économique et social »¹⁴⁶⁶. Durant les années 1950, le statisticien et sociologue Jean Porte conçoit « une nomenclature des catégories socioprofessionnelles, outil empirique d'analyse des classes sociales »¹⁴⁶⁷. Pendant les années 1980, les politiques visant à réduire les inégalités sociales commencent à prendre en considération, outre les critères individuels, des critères territoriaux : ainsi, et sous l'influence des politiques d'harmonisation au niveau de l'UE, d'autres paramètres apparaissent, comme les réseaux d'éducation prioritaires ou REP (auparavant appelés zones d'éducation prioritaires ou ZEP) et le développement social des quartiers (DSQ)¹⁴⁶⁸.

Toutefois, la problématique de l'utilisation des statistiques, bien qu'elle ne constitue pas une nouveauté, demeure toujours controversée. La loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés¹⁴⁶⁹ interdisait clairement, en son article 8, « de

¹⁴⁶³ Règlement (UE) 2016/679, *op.cit.*, considérant (150) et art. 88.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, art.51.

¹⁴⁶⁵ Thomas Amosse, *op.cit.*, p. 27.

¹⁴⁶⁶ Béatrice Touchelay, « L'INSEE, histoire d'une institution » In *L'ère du chiffre : Systèmes statistiques et traditions nationales*, Jean-Guy Prévost, Jean-Pierre Beaud, Presses de l'Université du Québec, Québec, p. 154

¹⁴⁶⁷ Alain Desrosières, *Gouverner par les nombres, L'argument statistique I, op.cit.*, p. 68.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴⁶⁹ Cette loi a été modifiée par la loi du 6 août 2004, qui est venue transposer la directive européenne 95/46 du 24 octobre 1995 sur la « protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données ».

collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci »¹⁴⁷⁰. Le même article prévoyait une série d'exceptions à la règle. Par exemple, l'interdiction peut être levée dans certains cas, avec le consentement exprès de la personne visée, ou encore pour la défense d'un droit en justice. Concernant les traitements statistiques réalisés par l'Institut national de la statistique et des études économiques ou les services statistiques ministériels, l'autorisation expresse de l'individu n'est pas obligatoire, à condition que la démarche ait reçue préalablement l'avis favorable de la Commission nationale informatique et liberté (CNIL) et du Conseil national de l'information statistique (CNIS)¹⁴⁷¹.

314. Quant au sujet de la preuve de la discrimination, le juge français a permis l'emploi des éléments chiffrés. À l'opposé de la jurisprudence de l'UE, où l'égalité professionnelle était la thématique originelle pour l'emploi des statistiques en tant que preuve de discrimination indirecte, en France, c'est la thématique de discrimination syndicale qui a fait apparaître la méthode de comparaison par panel, connue également en tant que « méthode Clerc », du nom de son créateur, le syndicaliste François Clerc¹⁴⁷². En s'estimant victime d'une discrimination syndicale, François Clerc a mis en place de façon empirique une représentation graphique où sont superposées sur un même dessin la courbe croissante de l'évolution salariale moyenne des salaires des salariés non-discriminés, et les courbes individualisées d'évolution, relativement plates, des plaignants¹⁴⁷³. Il obtient finalement gain de cause¹⁴⁷⁴. Cette affaire a marqué le début de l'acceptation de la preuve statistique par le juge français, méthode qui a été utilisée dans le domaine de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, mais qui reste toujours compliquée en matière de preuve de la discrimination fondée sur les origines.

Nous pouvons toutefois citer l'exemple de certaines jurisprudences qui ont employé des éléments chiffrés pour démontrer l'existence d'une discrimination raciale, en analysant les

Pierre-Yves Cusset, « Les statistiques « ethniques » : état des lieux, état des problèmes », in *Statistiques « ethniques » : éléments de cadrage*, Centre d'analyse stratégique, La Documentation française, Paris, 2006, p. 10.

¹⁴⁷⁰ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, (version en vigueur du 9 oct.2016 au 25 mai 2018), art.8.

¹⁴⁷¹ Olivier Masclat, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 36.

¹⁴⁷² Entretien avec François Clerc, « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT », *SSL*, n°1190, 15 novembre 2004, Chappe Vincent-Arnaud, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, 2011/2 (n°23), p. 47 et s.

¹⁴⁷³ Chappe Vincent-Arnaud, *op.cit.*, p. 48.

¹⁴⁷⁴ CA de Paris, 21 février 1997, référé, psa c/ Hennequin et autres/.

patronymes des salariés faisant partie du registre unique du personnel. Le premier arrêt est le fameux arrêt *Airbus*¹⁴⁷⁵ : dans cette affaire, la HALDE a constaté que « sur 288 personnes recrutées entre 2000 et 2006, toutes, comme M. X..., ont la nationalité française, mais deux seulement ont un patronyme d'origine maghrébine ; que pour la période du 1er janvier 2005 au 30 juillet 2006, sur le site de Saint Éloi, le registre unique du personnel révèle qu'aucun des 43 agents de qualification embauchés en contrat à durée indéterminée n'a de patronyme à consonance maghrébine ». Les juges du fond, ainsi que la Cour de cassation, ont reconnu l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine.

Suivant cette même voie, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 2 octobre 2015¹⁴⁷⁶, les juges procèdent à une analyse statistique du registre unique du personnel pour envisager l'existence d'une discrimination raciale au sein la société Aviapartner Nantes. Le registre unique du personnel a été produit en défense par la société pour montrer l'emploi des salariés portant un nom à consonance étrangère. Cependant, l'analyse statistique de ce registre opérée par les juges du fond a démontré des disparités entre les salariés dont le patronyme a une consonance française et les salariés dont le patronyme a une consonance maghrébine : « seule une personne portant un nom à consonance maghrébine a bénéficié d'un contrat à durée indéterminée à la suite d'un contrat à durée déterminée alors que ce chiffre s'élève à sept personnes pour celles qui ne portent pas un nom à consonance maghrébine ». Pour la Cour d'appel de Rennes, la matérialité d'éléments de fait précis et concordants laisse supposer l'existence d'une discrimination. Bien que l'emploi des statistiques par le juge en matière de discrimination raciale demeure limité, cet exemple montre la possibilité d'employer des éléments chiffrés pour établir l'existence de discriminations liées à l'origine et de discriminations systémiques.

Paragraphe 2. La collecte des données sensibles : la controverse autour des statistiques ethniques

315. En droit du travail, la question des données statistiques est à l'origine de bien des débats. Même si le recueil et l'emploi d'éléments chiffrés n'est pas problématique pour les partenaires sociaux lorsqu'ils mettent en place des outils de diagnostic ou de suivi pour la diversité

¹⁴⁷⁵ CA de Toulouse, 4^e ch., 2^e sect., 19 févr. 2010, *Airbus Opération SAS c. Froul Louzai*, RG n°08/06630, Cass. soc. 15 déc. 2011, n°10-15.873, *RDT* 2012. 291, obs. J. Bouton. Katell Berthou, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 févr. 2010 », *RDT*, 2010. 635. V. aussi Marie Mercat-Bruns, « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *Dr. soc.*, 2017, p. 361.

¹⁴⁷⁶ CA de Rennes, ch. des Prud'hommes, 2 octobre 2015, n°13/07958.

(notamment dans les domaines de l'égalité professionnelle ou du handicap), tel n'est pas le cas lorsqu'ils sont appelés à recueillir des données faisant partie des aspects plus sensibles de la diversité. La notion de diversité a fait émerger, plus particulièrement, la question des statistiques ethniques. Dans les pays anglo-saxons, le recueil de données raciales et ethniques constitue une tradition courante faisant partie des politiques de lutte contre la discrimination.

316. Afin de comprendre la signification de la mise en place des statistiques ethniques, il faut examiner leur utilisation par les systèmes juridiques qui y recourent régulièrement. Dans les pays anglo-saxons, les statistiques ethniques font partie des outils de lutte contre les discriminations raciales et ethniques. Au Royaume-Uni, le *ethnic monitoring* est un outil de surveillance des disparités entre les groupes, ainsi qu'un outil d'évaluation des effets potentiellement discriminatoires d'une action ou d'une politique¹⁴⁷⁷. En d'autres termes, il sert notamment à détecter de façon objective l'existence de discriminations indirectes afin de permettre, par la suite, la mobilisation des pouvoirs publics en faveur des groupes discriminés¹⁴⁷⁸. Il peut s'agir du recensement national voire de statistiques privées, mises en place par l'employeur afin de révéler la sous-représentation d'un groupe et d'éviter les risques légaux. Publiques ou privées, les statistiques ethniques se réalisent toujours via la méthode de l'autoévaluation, permettant à l'individu de choisir la catégorie avec laquelle il s'identifie¹⁴⁷⁹. Appelée également méthode par auto-déclaration « ethno-raciale », cette méthode peut impliquer des réponses exclusives ou multiples, combinant différentes nationalités, ethnies et origines régionales ; il convient de préciser que cette méthode « exclut toute assignation identitaire de la part des institutions », permettant ainsi aux personnes interrogées de s'exprimer et de définir elles-mêmes leur identité ethno-raciale¹⁴⁸⁰. Selon J.-M. Belorgey, adepte de la voie anglo-saxonne de l'utilisation des statistiques ethniques, au Royaume-Uni, la race est considérée comme une construction sociale et, par conséquent, « on peut parler de race sans être raciste », conception qui s'oppose à la conception française¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁷ Olivier Mascelet, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 29.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴⁷⁹ Cécile Frank, Philippe Hamman, *Quelle mise en œuvre de la directive européenne contre les discriminations raciales ? : Une Comparaison France, Espagne, Royaume-Uni*, De Boeck, Louvain-la-Neuve, 2014, pp. 187-188.

¹⁴⁸⁰ Virginie Martin, Marie-Cécile Naves, *Talents gâchés : le coût social et économique des discriminations liées à l'origine*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2015, pp. 146-147.

¹⁴⁸¹ Olivier Mascelet, *op.cit.*, p. 23.

317. Aux États-Unis, recueillir des données raciales et ethniques est également une pratique commune et conforme à la loi et la Constitution¹⁴⁸². Une agence publique, « *United States Census Bureau* », est chargée de recueillir ces données afin d'évaluer l'existence des inégalités raciales aux États-Unis. Ce bureau publie un Rapport annuel (*Statistical Abstract of the United States*) dont les conclusions démontrent que des disparités demeurent (par exemple, le fait qu'une famille « blanche »¹⁴⁸³ a deux fois plus de chances de gagner plus de 100 000 dollars par an qu'une famille « noire »¹⁴⁸⁴). De même, des données mesurent la ségrégation raciale des élèves américains, révélant par exemple les différences entre les écoles composées de minorités ethniques et les écoles principalement composées par des élèves « blancs ». Ajoutons que des données visent à évaluer l'attitude des policiers en fonction des différences raciales¹⁴⁸⁵. En plus des données générées par l'État, les sociologues mènent des enquêtes révélatrices de la profonde inégalité raciale. Une enquête effectuée par l'Université du Wisconsin a conduit à des conclusions étonnantes : les employeurs ayant le choix entre un « noir » diplômé du lycée et un « blanc » ayant quitté l'école et étant en prison ont préféré le candidat « blanc ». Une autre étude sur les pratiques de recrutement en Californie a révélé que les agences d'intérim préfèrent les travailleurs « blancs » à des travailleurs « noirs » ayant les mêmes qualifications¹⁴⁸⁶. Au Canada, le recueil des données est prévu par une série de lois portant sur différents domaines, tels que les langues officielles, l'équité en matière d'emploi et l'immigration¹⁴⁸⁷. Le recensement est effectué par de grandes institutions telles que « *Statistique Canada* » et vise à documenter les écarts de redistribution des richesses et les écarts sociaux liés à la discrimination.

318. En ce qui concerne plus précisément les statistiques dans le domaine de l'emploi, le processus du monitoring et le recueil des données ethno-raciales des salariés sont répandus dans les pays de tradition anglo-saxonne comme l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande,

¹⁴⁸² Sur le contexte historique, social et juridique américain, voir ch.2.

¹⁴⁸³ Nous employons les termes « Blanc » et « Noir » en suivant la dénomination employée par les enquêtes américaines. Nous avons choisi de retranscrire ces termes en les mettant entre guillemets. Sur le cadre historique et social de la société américaine v. chapitre 2.

¹⁴⁸⁴ David B. Oppenheimer, « Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale...à sa manière », In *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Frédéric Guimard, Sophie Robin-Olivier (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 91.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, pp. 91-92.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, pp. 93-94.

¹⁴⁸⁷ Sylvie Gravel, Annick Germain, Eliane Leclerc, « Les données ethniques dans les services publics : dilemmes de gestion de la diversité et protection de la vie privée », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, pp. 120-121.

l'Afrique du Sud, le Royaume-Uni et les États-Unis, par opposition à la France et à d'autres pays de l'UE, où ces pratiques sont considérées comme inégalitaires et génèrent, en conséquence, toujours un vif débat¹⁴⁸⁸. En France, l'idée de produire des statistiques ethno-raciales a causé un vif débat, qui demeure ouvert (A). Pour certains, l'emploi du terme « diversité » ne constitue qu'un euphémisme employé pour justifier les statistiques ethniques et la banalisation de la race. Pour d'autres, l'introduction d'éléments chiffrés est nécessaire afin d'évaluer la véritable étendue des discriminations portant sur la race, l'ethnie ou l'origine. Quant au législateur, il encadre strictement les statistiques ethniques et toute récolte de données sensibles (B).

A) Un vif débat en France : des positions doctrinales divergentes

319. En 2007, le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile a tenté de réformer les dispositions interdisant les statistiques ethniques par la mise en place d'outils statistiques permettant aux employeurs de mesurer les discriminations ethniques et raciales. Le Conseil constitutionnel, saisi le 15 octobre 2007, a censuré l'article 63 relatif aux statistiques ethniques et affirmé que « les entreprises restent soumises au statu quo ante, défini par les articles 8 et 25 de la loi du 6 janvier 1978, interdisant une telle collecte de données considérées comme sensibles, sauf consentement écrit des salariés concernés »¹⁴⁸⁹. Cette décision pose aussi des conditions supplémentaires pour toute récolte de données sensibles ; il faut le consensus exprès de la personne interrogée; il faut des critères objectifs tels que le nom, la nationalité de l'individu ou de ses ascendants, toute référence à la race ou l'ethnie étant interdite ; enfin, la récolte doit suivre un procédé d'anonymisation préalablement reconnu. Cette méthode de récolte, appelée « méthode objective », s'oppose à la méthode par auto-déclaration

¹⁴⁸⁸ Alain Klarsfeld, Lize A.E. Booyesen, Eddy Ng, Ian Roper, Ahu Tatli, *International handbook on diversity management at work: country perspectives on diversity and equal treatment*, E.Elgar, Cheltenham, UK et Northampton, USA, 2014, p. 1.

¹⁴⁸⁹ « §24.Considérant que l'article 63 de la loi déferée, qui résulte d'un amendement adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, modifie le II de l'article 8 et le I de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée ; qu'il tend à permettre, pour la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines, de la discrimination et de l'intégration, et sous réserve d'une autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la réalisation de traitements de données à caractère personnel faisant « apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques » des personnes ;

§29. Considérant que, si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ; qu'en tout état de cause, l'amendement dont est issu l'article 63 de la loi déferée était dépourvu de tout lien avec les dispositions qui figuraient dans le projet dont celle-ci est issue ; que, l'article 63 ayant été adopté au terme d'une procédure irrégulière, il convient de le déclarer contraire à la Constitution ; »

Cons. const. 15 novembre 2007, décision n°2007-557 DC.

« ethno-raciale » utilisée par les pays anglo-saxons, puisqu'elle se fonde sur des éléments objectifs d'identification tels que le lieu de naissance des enquêtés ou de leurs parents¹⁴⁹⁰.

320. La méthode de récolte de ces données n'est pas le seul élément qui diffère par rapport aux pays anglo-saxons, dans la mesure où nous avons repéré des désaccords dans l'objectif même de l'utilisation des statistiques ethniques. En France, l'utilisation de ce type de statistiques n'est pas toujours appréhendée comme un outil de détection et de lutte contre les discriminations raciales : au contraire, elle est perçue comme une « banalisation de la race »¹⁴⁹¹. Ce qui peut sembler étonnant à nos collègues anglo-saxons, est le fait que les critiques émanent notamment des organisations antiracistes elles-mêmes, qui considèrent que l'utilisation des statistiques ethno-raciales n'est pas conforme au principe d'égalité et risque d'écarter d'autres facteurs qui peuvent être à la source de l'inégalité comme la classe et la situation sociale¹⁴⁹². En revanche, nous nous retrouvons face à un cercle vicieux, l'absence de données chiffrées constituant un obstacle à l'évaluation de la véritable étendue des inégalités et des discriminations. La situation se concrétise lorsque nous disposons d'éléments chiffrés : par exemple, un sondage de 2006 effectué par l'eurobaromètre révèle que 80% des Français sondés pensent que les discriminations fondées sur l'origine ethnique sont répandues dans le pays. Les catégories suivantes semblent être particulièrement visées : les « Noirs et Arabes » ou « Nord-Africains ou Subsahariens », ou citoyens français de descendance européenne par la couleur de leur peau ou leur origine ancestrale¹⁴⁹³.

321. **Les arguments de l'opposition au recueil de données statistiques.** En France, nous retrouvons plusieurs arguments de nature historique, sociale et juridique s'opposant à la mise en place plus étendue des statistiques. Le premier argument repose sur l'idéal républicain français de l'égalité, qui ne permet pas aucune distinction fondée sur la race, l'origine ou la religion. Pour Fadela Amara, militante féministe et ancienne secrétaire d'État chargée de la Politique de la Ville, l'évaluation quantitative des minorités ethniques constitue une véritable atteinte à la République¹⁴⁹⁴, puisqu'elle s'oppose à l'idée d'égalité républicaine. L'idée de créer des catégories d'appartenance selon l'origine induit un réel danger de stigmatisation des

¹⁴⁹⁰ Virginie Martin, Marie-Cécile Naves, *Talents gâchés : le coût social et économique des discriminations liées à l'origine*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2015, pp. 146-147.

¹⁴⁹¹ Olivier Masclet, *op.cit.*, p. 23.

¹⁴⁹² *Ibid.*, p. 24.

¹⁴⁹³ David B. Oppenheimer, *op.cit.*, p. 94.

¹⁴⁹⁴ Hervé Marchal, *La diversité en France : impératif ou idéal ?*, Paris, Ellipses, 2010, p. 126.

personnes appartenant à une minorité ethnique, un danger d'imposition d'une assignation identitaire ainsi que la crainte que l'utilisation des données statistiques ne perpétue les discriminations au lieu de les révéler et les combattre¹⁴⁹⁵. Le *think tank* Terra Nova, sur son rapport de 2020, prend clairement position contre les statistiques ethniques et soutient qu'on doit « lutter en France contre les discriminations liées à l'origine, sans recourir à des statistiques ethniques ni à des politiques de quotas ». Pour Terra Nova, la question de la quantification des discriminations est un faux débat et il faut pouvoir développer des observations statistiques sur l'origine avec les outils qui sont déjà permis par la loi, notamment en observant « les caractéristiques qui accroissent ou réduisent les chances des individus, tout en préservant les exigences de confidentialité et éviter toute stigmatisation »¹⁴⁹⁶.

Le deuxième argument est intrinsèquement lié à l'histoire française. En premier lieu, les « codes noirs » du XVII^e et XVIII^e siècle ont permis l'esclavage des Noirs dans les territoires d'Outre-Mer et d'Amérique du Sud et, même après l'abolition de l'esclavage, la distinction entre les citoyens français de la Métropole et les citoyens d'Outre-Mer a été maintenue jusqu'après la Seconde Guerre mondiale. En second lieu, la collecte de données sur la religion et la race effectuée sous le Régime de Vichy a conduit à la mort de plus de 75000 Juifs¹⁴⁹⁷.

Troisièmement, se pose la question de l'efficacité de l'utilisation des éléments chiffrés dans la lutte contre la discrimination. Certains démographes critiquent le système anglo-saxon ; selon eux, la mise en place des statistiques ethno-raciales ne peut garantir l'élimination des discriminations. D'ailleurs, l'on peut toujours constater l'existence de discriminations importantes dans les pays de tradition juridique anglo-saxonne.¹⁴⁹⁸ Nous rejoignons cette opinion : les éléments chiffrés ne peuvent servir à la fois de moyens de diagnostic, de contrôle et de résolution d'un problème aussi complexe que celui de la diversité et de la lutte contre les discriminations. En effet, d'un côté, personne ne pourrait prétendre que les inégalités sont résolues dans les pays où les statistiques ethniques sont la norme, l'exemple du mouvement

¹⁴⁹⁵ David B. Oppenheimer, *op.cit.*, p. 95, V. aussi Thierry Breton-Terra Nova, « La lutte contre les discriminations liées aux origines dans le monde du travail : Faire cesser une injustice sans commettre une autre », Terra Nova, Rapport du 1^{er} octobre 2020.

¹⁴⁹⁶ Thierry Breton, Terra Nova, « La lutte contre les discriminations liées aux origines dans le monde du travail : Faire cesser une injustice sans commettre une autre », Terra Nova, Rapport du 1^{er} octobre 2020, p. 1, p. 48.

¹⁴⁹⁷ David B. Oppenheimer, *op.cit.*, p. 95. Sur les « codes noirs » voir aussi Christophe Willmann, « Esclavage-Travail forcé-Traite des êtres humains » *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2006 (actualisation janvier 2017), §14, Christianne Taubira, André Castaldo, *Codes Noirs. De l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006.

¹⁴⁹⁸ Les démographes Alain Blum, France Guérin-Pace et Hervé Le Bras remettent en cause l'efficacité des statistiques ethniques. Olivier Masclat, *op.cit.*, p. 50.

Black lives matter développé en 2020 étant un exemple caractéristique. D'un autre côté, il est aussi incontestable que l'existence de ces éléments chiffrés permet la conception d'une vision plus claire et concrète des inégalités existantes, et leur mise en place est importante, au moins au stade du diagnostic.

Enfin, à ces arguments, il convient d'ajouter la position d'Alain Supiot, qui met en exergue l'opposition de deux disciplines quant à la qualification des catégories ; la qualification juridique est le fruit d'une procédure transparente, contradictoire, publique et longue. À l'opposé, la qualification statistique repose elle sur un processus technique, opaque et souvent discrétionnaire par rapport à son homonyme juridique¹⁴⁹⁹. Le raisonnement est également très différent : le juriste met en avant l'analyse qualitative, tandis que le statisticien a recours à des techniques calculatoires. En effet, les statistiques ne sont pas neutres et les résultats obtenus peuvent différer selon l'instance responsable, l'objectif poursuivi, les catégorisations choisies, etc. En ce sens, il est probable que les statistiques publiques officielles soient, en général, plus transparentes et objectives que les statistiques issues des organismes privés. La question de la neutralité des statistiques constituerait également une difficulté à surmonter dans l'hypothèse où la récolte de certaines données serait permise au sein de l'entreprise.

322. En effet, la problématisation juridique ne se limite pas à la distinction entre la qualification juridique et la qualification statistique, il s'agit d'un véritable débat sur l'utilisation croissante des outils quantitatifs en droit, tels que les différents indicateurs. Les indicateurs de performance sont de plus en plus promus et utilisés au niveau de l'UE et au niveau national, et ne sont pas limités au niveau microéconomique de l'entreprise mais, au contraire, concernent également l'économie nationale et la stabilité de la Zone euro. Par ce biais, les outils quantitatifs acquièrent une véritable et forte normativité, qui pourrait même se substituer aux règles de droit¹⁵⁰⁰.

323. **Les défenseurs des statistiques ethniques.** Il existe toutefois en France des défenseurs de la mise en place des éléments chiffrés. Dans son rapport sur la promotion de la diversité du 7 mai 2009, Yazid Sabeg, Commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances de 2008 à 2012, s'est exprimé en faveur de la production de statistiques ethniques, en tant que moyen de lutte

¹⁴⁹⁹ Alain Supiot, *op.cit.*, p. 140 et s., voir aussi Thomas Amosse, *op.cit.*, pp. 33-34.

¹⁵⁰⁰ Thomas Amosse, *op.cit.*, pp. 37-38.

contre les discriminations¹⁵⁰¹. Selon ce rapport, ce type de statistiques doit s'opérer sur la base de l'anonymat et du volontariat et viser à combattre les discriminations dans les domaines de l'éducation, du travail et de l'accès aux soins et au logement. Il met en exergue le besoin de créer un « appareil objectif et fiable » pour mesurer la diversité et propose également la création d'un comité spécifique chargé de contrôler la validité des procédures de collecte.

Patrick Lozès, ex-président du Conseil représentatif des associations noires (CRAN), fait également partie des défenseurs des statistiques ethniques. Selon lui, des statistiques précises sont nécessaires afin de saisir le taux de chômage des minorités visibles¹⁵⁰². Pour Patrick Simon, chercheur de l'Institut national des études démographiques (INED), la construction de tels outils statistiques est essentielle afin de révéler la capacité d'intégration de la société française et les pratiques discriminatoires, longtemps ignorées¹⁵⁰³. Les auteurs Hervé Marchal et Jean-Marc Stébé proposent un recours « prudent » aux catégories ethniques : celles-ci doivent être incluses dans les recherches scientifiques mais leur usage doit être modéré et prendre en considération les autres facteurs de la réalité sociale des individus¹⁵⁰⁴. François Héran, ex-président du Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD)¹⁵⁰⁵ opère une distinction entre « mesure de la diversité » et « statistiques ethniques »¹⁵⁰⁶. En suivant l'approche intersectionnelle de la diversité, il opte pour un système de mesure de la diversité qui prend en compte tous les paramètres qui peuvent influencer l'accès à un bien (emploi, logement ou éducation). De l'autre côté, il s'oppose aux statistiques ethniques qui prennent en compte uniquement le facteur ethnique et racial, sans le mettre en corrélation avec l'ensemble des facteurs qui exercent une influence importante comme l'âge, le sexe ou le milieu social. A l'opposé du COMEDD, la Commission alternative de réflexion sur les « statistiques ethniques » et la discrimination (CARSED)¹⁵⁰⁷, créée en 2009, s'oppose aux méthodes quantitatives de mesure de la diversité et des discriminations suggérées par le COMEDD et opte pour les méthodes qualitatives, en condamnant tout type de statistique

¹⁵⁰¹ Hervé Marchal, *La diversité en France : impératif ou idéal ?*, Paris, Ellipses, 2010, p. 125.

¹⁵⁰² *Ibid.*, p. 126.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, p. 127.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 129.

¹⁵⁰⁵ Le COMEDD a été créé en 2009, avec pour but « d'identifier, d'évaluer et de proposer les catégories d'observation mobilisables, dans le cas de la France, pour la mesure et l'évaluation de la diversité et des discriminations ». Yazid Sabeg, Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, a chargé François Héran, alors directeur de l'Ined, de constituer à cet effet un comité. Le COMEDD a rendu son rapport en 2010. En revanche, ses conclusions ont été vivement critiquées en raison de la vision favorable des statistiques ethniques qui le caractérise.

Marie-Thérèse Lanquetin, « Discrimination », In *Rép. trav.*, janvier 2010 (actualisation : janvier 2016), §85.

¹⁵⁰⁶ Réjane Sénac, *L'invention de la diversité*, Paris, Puf, 2012, pp. 16-17.

¹⁵⁰⁷ Cécile Frank, Philippe Hamman, *op.cit.*, p. 191.

ethnique. Selon le CARSED, le COMEDD n'est pas parvenu à intégrer tous les acteurs concernés en matière de discrimination en optant pour un comité scientifique ouvertement favorable aux statistiques ethniques¹⁵⁰⁸.

B) La collecte des données sensibles : possibilités et encadrement légaux

1. Les enquêtes publiques

324. Si le cadre juridique français est restreint, il n'en reste pas moins que le recueil des données ethno-raciales chiffrées n'est pas totalement exclu. Nous disposons actuellement de certains instruments qui nous permettent de dégager une série d'éléments chiffrés. Il est ainsi possible de se référer à diverses études qui ont fait appel à des éléments chiffrés ethno-raciaux. Ainsi, lors du recensement de 1999, des questions relatives au statut et à l'expérience des recensés immigrés ou descendants d'immigrés ont été posées¹⁵⁰⁹. De surcroît, une enquête menée par la démographe Michèle Tribalat au début des années 1990 a suscité de véritables débats sur la question¹⁵¹⁰. Ce travail collectif, intitulé « Cent ans d'immigration, étrangers d'hier, Français d'aujourd'hui : apport démographique, dynamique familiale et économique de l'immigration étrangère » sert à démontrer les influences démographiques de l'immigration en France ainsi qu'à déterminer l'efficacité du modèle français d'intégration. Pour mener cette enquête, il était nécessaire de faire une catégorisation des différentes populations et, par conséquent, d'opérer une classification selon l'origine et l'appartenance ethnique des populations visées. Pour déterminer l'appartenance ethnique, les enquêteurs se sont fondés sur la langue maternelle. Cette enquête a produit des conclusions intéressantes, en montrant certaines réussites mais aussi certains échecs du système d'intégration français. Ainsi, globalement, les enfants de Français ont obtenu de meilleurs résultats scolaires que les enfants d'immigrés ; cependant, si on prend en considération la classe sociale, les enfants des ouvriers immigrés réussissent davantage que les enfants des ouvriers français. Par conséquent, certaines inégalités dont sont victimes les immigrés semblent découler de leur situation sociale et non pas de leur origine, idée qui a été remise en cause par certaines enquêtes¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁸ Commission alternative de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations, *Le Retour de La Race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2009, pp. 7-8.

¹⁵⁰⁹ David B. Oppenheimer, *op.cit.*, p. 96.

¹⁵¹⁰ Michèle Tribalat (éd.), *Cent ans d'immigration, étrangers d'hier, Français d'aujourd'hui : apport démographique, dynamique familiale et économique de l'immigration étrangère*, Paris, Institut National d'Études Démographiques, 1991, 344p.

Olivier Masclet, *op.cit.*, p. 23.

¹⁵¹¹ L'enquête de Vénique de Rudder, Maryse Tripper et François Vourch de 1994, l'enquête de Philippe Bataille de 1997 sur le racisme au travail et le rapport du HCI de 1998 ont mis en exergue les difficultés que rencontrent à

D'un autre côté, selon Madame Tribalat, l'intégration est difficile non pas en raison de la résistance de la population immigrante, mais notamment des réactions négatives et du rejet par la population « dominante »¹⁵¹². Madame Tribalat a recours à divers éléments chiffrés pour évaluer divers aspects de la vie comme la réussite au bac, la précarité, le service militaire et révèle les inégalités subies par certaines populations immigrées en raison de leur origine. Cette enquête a suscité de vifs débats, notamment par rapport à l'utilisation des statistiques ethno-raciales.

Cependant, plusieurs statistiques publiques postérieures ont inclus dans le questionnaire des questions sur le lieu de naissance, la date d'arrivée des immigrés, le lieu de naissance ou la nationalité des parents, en vue de repérer les éléments ethno-raciaux et les inégalités générées par ceux-ci. Par exemple, les enquêtes Génération de 1998¹⁵¹³ et Trajectoire et origine (TeO) : Enquête sur la diversité des populations en France de 2008¹⁵¹⁴ mettent l'accent sur les enfants des immigrés et les inconvénients subis, notamment en matière d'emploi, avec une étude comparative entre les enfants des immigrés issus de pays européens et de pays non-européens, et les enfants de parents nés français¹⁵¹⁵. En utilisant une approche intersectionnelle (facteurs d'origine et de sexe examinés), l'enquête Trajectoire et origines de 2008 visait à appréhender les inégalités fondées sur l'origine dans l'accès aux différentes ressources de la vie sociale : logement, langue et éducation, emploi, loisirs, services publics et prestations sociales, santé, etc.¹⁵¹⁶ En ce qui concerne le domaine de l'emploi, cette enquête a révélé que le taux de chômage des immigrés originaires d'Algérie, du Maroc, de Tunisie et d'Afrique subsaharienne est particulièrement élevé par rapport à celui des immigrés issus des pays de l'UE¹⁵¹⁷. Le résultat n'est pas étonnant mais confirme la perception existante sur les discriminations sur le marché du travail et à l'égard des parties de la population étant plus exposées au risque de chômage. Cette enquête constitue un exemple clé pour la quantification des discriminations raciales. En effet, la méthode de « mesure » des discriminations utilisée par ces enquêtes peut

l'embauche les immigrés et leurs enfants même lorsqu'ils remplissent tous les critères demandés, en réfutant ainsi l'idée que les inégalités subies émanent notamment de leur situation sociale. In Olivier Masclat, *op.cit.*, p. 20.

¹⁵¹² Olivier Masclat, *op.cit.*, pp. 18-19.

¹⁵¹³ Centre d'études et de recherches sur les qualifications (Céreq), « Les enquêtes « Génération » du Céreq : éléments de bilan », *Net.Doc*, n°25, 2006, 54 p.

¹⁵¹⁴ Équipe TeO coordonnée par Cris Beauchemin, Christelle Hamel et Patrick Simon, « Trajectoires et Origines, Enquête sur la diversité des populations en France », octobre 2010, *Document de travail 168*, 151 p.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, pp. 37-38.

¹⁵¹⁶ INSEE, *Trajectoires et Origines*, 23 août 2021, <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/source/serie/s1003>.

¹⁵¹⁷ Équipe TeO coordonnée par Cris Beauchemin, Christelle Hamel et Patrick Simon, « Trajectoires et Origines, Enquête sur la diversité des populations en France », octobre 2010, *Document de travail 168*, p. 51 et s.

être qualifiée de « subjective » puisqu'elle « consiste à mesurer les discriminations à partir de la perception et du ressenti des personnes »¹⁵¹⁸.

Dans l'exemple précis de l'enquête Trajectoire et origines, il s'agit des données recueillies sur le fondement des expériences autodéclarées et de l'identification de traitements défavorables au cours de situations de la vie sociale fondées sur des critères discriminatoires¹⁵¹⁹. Cette méthode de quantification des données peut servir comme inspiration pour mesurer certains aspects sensibles de la diversité au sein de la branche ou l'entreprise. Nous pouvons mettre en cause la pertinence de ces données issues des expériences auto-reportées en raison de leur subjectivité ; toutefois, ces expériences ne se limitent pas à exprimer un sentiment abstrait et sont souvent fondées sur des faits de discrimination concrets¹⁵²⁰ et, par conséquent, elles peuvent servir d'indicateurs de quantification des discriminations raciales. Il convient de préciser que pour la réalisation de cette recherche, une autorisation a dû être demandée par la CNIL afin de pouvoir récolter les données¹⁵²¹. Un deuxième volume Trajectoires et origines nommée « TeO2 » est en cours d'élaboration, la nouvelle enquête visant à mettre à jour les données de l'enquête précédente et à examiner les évolutions qui ont eu lieu en la matière¹⁵²².

2. *Le testing*

325. **Le testing.** Concernant le domaine du travail, le recueil d'éléments chiffrés est également permis afin de révéler l'existence de discriminations au sein de certains secteurs d'activité ou par rapport à certains employeurs, ou servir comme preuve lors d'une action en justice initiée par un individu ou par le Défenseur des droits¹⁵²³. De surcroît, le droit français a permis le développement de certaines techniques comme celle du CV anonyme et du testing.

¹⁵¹⁸ Gilles Bon-Maury, Catherine Bruneau, Clément Dherbecourt [et al.], *Le coût économique des discriminations : rapport à la Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social et au Ministre de la ville, de la jeunesse et des sports*, Paris, France stratégie, septembre 2016, p. 26.

¹⁵¹⁹ Jean Luc Primon, Patrick Simon, « Mesurer le racisme ? L'apport des enquêtes quantitatives à la sociologie du racisme », *Sociologie et sociétés*, vol. 50, n°2, 2018, p. 193.

¹⁵²⁰ Mirna Safi, Patrick Simon, « Les discriminations ethniques et raciales dans l'enquête *Trajectoires et Origines* : représentations, expériences subjectives et situations vécues », *Économie et Statistiques*, N°464-465-466, 2013, p. 265.

¹⁵²¹ Délibération n°2008-055 du 6 mars 2008 autorisant l'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) et l'institut national d'études démographiques (INED) à mettre en œuvre les traitements automatisés de données à caractère personnel nécessaires à la réalisation et à l'analyse des résultats d'une enquête statistique portant sur la diversité de la population en France dénommée « Trajectoires et origines » (TeO).

¹⁵²² La collecte de données a eu lieu de juillet 2019 à octobre 2020, les résultats seront publiés en 2022. INSEE, *Trajectoires et Origines 2 : enquête sur la diversité des populations en France*, <https://www.insee.fr/fr/information/4172158>.

Trajectoires et Origines TeO2, <https://teo.site.ined.fr/fr/quels-resultats/publications/>.

¹⁵²³ David B. Oppenheimer, *op.cit.*, p. 96.

Celles-ci font partie des méthodes dites « expérimentales », puisqu'elles reposent sur l'observation factuelle de traitements inégaux par des tests de situation et des expérimentations réalisées dans un cadre particulier et suivant un protocole spécifique¹⁵²⁴.

Le législateur a tenté de consacrer le CV anonyme à travers la loi de 2006 pour l'égalité des chances¹⁵²⁵, l'article L.121-6-1 ayant rapidement été abrogé et remplacé par le nouvel article L.1221-7 du Code du travail, ne prévoyant désormais qu'une utilisation facultative de cet instrument. Le CV anonyme fait partie des outils du *testing*, une technique importée des droits britannique et américain¹⁵²⁶ et promue par l'OIT. En effet, l'OIT a commandé la réalisation des études afin de dresser un état des lieux sur la discrimination à l'embauche en Europe¹⁵²⁷. En droit pénal français, la méthode du *testing* des comportements discriminatoires a depuis longtemps été admise comme un mode de preuve recevable, dans un premier temps par la jurisprudence, puis par la loi¹⁵²⁸. En droit du travail, le *testing* s'opère sur les candidatures, le CV anonyme constituant l'exemple le plus courant bien qu'il n'en soit pas l'unique ; il consiste à l'envoi des candidatures identiques, à l'exception du critère susceptible de faire objet d'une discrimination, comme le patronyme ou l'adresse. Cette méthode parvient à faire apparaître l'effet propre de la variable examinée et à mettre directement en cause le discriminateur¹⁵²⁹. Par

¹⁵²⁴ Gilles Bon-Maury, Catherine Bruneau, Clément Dherbecourt [et al.], *Le coût économique des discriminations*, op.cit., p. 26.

¹⁵²⁵ Loi n°2006-396 du 31 mars 2006.

¹⁵²⁶ Il s'agit par exemple de la technique de « whitened résumés » (en traduction libre, « résumés blanchis ») selon laquelle les personnes appartenant à des minorités tentent d'éviter la discrimination anticipée sur les marchés du travail en dissimulant ou en minimisant les indices raciaux dans leurs CV.

Kang, Sonia K., Katherine A. DeCelles, Andrés Tilcsik, and Sora Jun. « Whitened Résumés : Race and Self-Presentation in the Labor Market. » *Administrative Science Quarterly* 61, no. 3 (September 2016): 469–502, doi:10.1177/0001839216639577.

¹⁵²⁷ L'étude menée en France a montré l'existence d'une discrimination à l'embauche significative vis-à-vis des candidats d'origine africaine. Eric Cédiey, Fabrice Foroni, *Les discriminations à raison de « l'origine » dans les embauches en France. Une enquête nationale par tests de discrimination selon la méthode du Bureau international du travail*, Genève, Bureau international du travail, 2007.

V. aussi Clémence Berson « *Testing : la difficulté de l'interprétation de la discrimination à l'embauche* », *Travail et emploi* 2013/3, n°135, pp. 22-40.

¹⁵²⁸ La jurisprudence a déjà reconnu le *testing* comme mode de preuve recevable dans un arrêt Ch. Crim 11 juin 2002, n°01-85.559, affaire concernant l'interdiction d'entrée dans certains établissements pour des personnes appartenant à une minorité visible.

La consécration légale du *testing* a été effectuée par la loi sur l'égalité des chances en 2006 (Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 - art. 45 JORF 2 avril 2006) qui a introduit dans le Code pénal l'article 225-3-1 :

« Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie. » Laurence Collet-Askri, « La Chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal... », *Recueil Dalloz* 2003, p. 1309.

V. aussi Frédéric Burnier, Brigitte Pesquié, « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques* 2007/3 n°5, p. 60-67.

¹⁵²⁹ Olivier Masclat, op.cit., p. 39.

conséquent, le CV anonyme et le testing sont deux méthodes qui nécessitent une certaine étude d'éléments chiffrés pour bien révéler et neutraliser les éléments susceptibles de faire l'objet d'une discrimination¹⁵³⁰. Pour y parvenir, un travail statistique de comparaison doit être mené entre le taux de succès des candidats qui n'ont pas la caractéristique testée et le taux de ceux auxquels on l'a attribuée¹⁵³¹. Par exemple, le groupe Casino a réalisé en 2016 un testing qui porte sur l'origine et l'orientation sexuelle afin d'opérer un contrôle de la mise en place des démarches diversité au sein du groupe¹⁵³². Ce testing a été suivi par des plans d'action afin de sécuriser le processus de recrutement.

Le testing est un instrument qui permet un aperçu plus concret des inégalités portant sur des aspects sensibles et difficilement mesurables de la diversité. L'enjeu est juridique mais aussi politique, les opérations de testing afin de révéler et pénaliser les discriminations à l'embauche faisant partie des promesses de campagne d'Emmanuel Macron en 2017¹⁵³³. Les résultats des testing déjà effectués sont révélateurs des inégalités existantes, avec par exemple une enquête de la DARES démontrant que les personnes dont le nom a une consonance arabe doivent envoyer environ trois CV pour obtenir un entretien, contre seulement deux pour un individu avec un nom à consonance française¹⁵³⁴. En 2019, a été lancée par le gouvernement une campagne nationale de testing sur les discriminations à l'embauche auprès de quarante entreprises françaises cotées en bourse. Les critères utilisés pour le testing étaient ceux de l'origine et du lieu de résidence (adresse dans et hors d'un quartier prioritaire). Les résultats ont notamment permis de mettre en évidence « une discrimination significative selon le critère de l'origine, à l'encontre du candidat présumé maghrébin, dans presque tous les territoires de

¹⁵³⁰ Comme nous avons vu au cours du chapitre 4, ces méthodes présentent tout de même des limites, leur effectivité est démontrée au stade préliminaire du processus d'embauche mais leur spectre demeure limité pour la suite du processus.

¹⁵³¹ Clémence Berson « Testing : la difficulté de l'interprétation de la discrimination à l'embauche », *Travail et emploi* 2013/3, n°135, pp. 22-40.

¹⁵³² Groupe Casino, *Responsabilité sociale d'entreprise (RSE) et déclaration de performance extra-financière (DPEF)*, Document de référence 2018, p. 198, <https://www.groupe-casino.fr/wp-content/uploads/2019/07/Groupe-Casino-DDR-RSE.pdf>.

¹⁵³³ Claire Chaudière, « Discrimination à l'embauche : les résultats de la campagne de testing passée sous silence par le gouvernement », *France Inter*, 8 janvier 2020, <https://www.franceinter.fr/economie/discrimination-a-l-embauche-les-resultats-de-la-campagne-de-testing-passee-sous-silence-par-le-gouvernement>.

¹⁵³⁴ DARES et ISM Corum, « Discrimination à l'embauche selon 'l'origine' : que nous apprend le testing auprès de grandes entreprises ? », *DARES Analyses*, n°076, 2016, p. 2

test »¹⁵³⁵. Cette campagne constitue la première vague du testing, qui sera suivie d'une seconde vague, à nouveau sur 40 entreprises du SBF 120 tirées au sort¹⁵³⁶.

3. La collecte des données sensibles dans le cadre du RGPD et de la CNIL

326. Quant à l'accès à des données sensibles des salariés, l'entrée en vigueur du RGPD a modifié certains points, en accentuant notamment la responsabilité des entreprises, l'employeur devenant acteur, responsable de la mise en conformité et chargé de la preuve¹⁵³⁷. Au lieu de faire une déclaration à la CNIL, les entreprises sont obligées de tenir un registre interne des activités de traitement effectuées sous leur responsabilité¹⁵³⁸. Le RGPD met l'accent sur les risques du traitement des données personnelles et ajoute de nouvelles obligations pour les entreprises afin de déterminer la probabilité et la gravité du risque pour les droits et libertés de la personne. Parmi les risques envisagés à prendre en considération, les entreprises doivent faire preuve de vigilance afin que le traitement des données ne donne pas lieu à une discrimination. Le risque est considéré comme élevé lorsque le traitement concerne « des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, la religion ou les convictions philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que des données génétiques, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou des données relatives à des condamnations pénales et à des infractions, ou encore à des mesures de sûreté connexes »¹⁵³⁹. Afin d'éviter ce risque, le responsable du traitement effectue, avant le traitement, une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel (AIPD) et, lorsque cette analyse révèle un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, une consultation préalable de la CNIL s'impose¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁵ Rapport final pour le CGET, *Discrimination dans le recrutement des grandes entreprises : une approche multicanale*, mars 2019, p. 6, p. 10.

V. aussi « Discriminations à l'embauche : les grandes entreprises ne sont pas épargnées », *actuEL RH*, 9 janvier 2020.

¹⁵³⁶ Communiqué de presse du ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, *Lutte contre les discriminations dans l'accès à l'emploi : lancement d'une nouvelle vague de testing des entreprises*, 17 juin 2020, <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/lutte-contre-les-discriminations-dans-l-acces-a-l-emploi-lancement-d-une>.

¹⁵³⁷ Ariane Mole, « Les nouvelles obligations sous l'égide du RGPD », *SSL*, n°1840, 10 décembre 2018, Savane Fischer, Ronan Kervadec, « L'impact du RGPD sur la gestion des données personnelles des salariés », *Les Cahiers Lamy du CE*, n°179, 1^{er} mars 2018.

¹⁵³⁸ Art.30 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

¹⁵³⁹ Considérant (75) du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

¹⁵⁴⁰ Art.35 et 36 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016., v. aussi Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » aux fins du règlement (UE) 2016/679*, adoptées le 4 avril 2017.

Nous observons ainsi le passage d'un système fondé sur des obligations déclaratives auprès de la CNIL à un « système d'autorégulation, dans lequel l'entreprise doit respecter un grand nombre de principes essentiels et être en mesure de démontrer à tout moment qu'elle les respecte »¹⁵⁴¹. Quant au traitement des données à caractère personnel, est interdit le traitement des données « qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique »¹⁵⁴². Le règlement prévoit dix dérogations à cette interdiction, en laissant une marge de manœuvres aux États membres, qui peuvent « maintenir ou introduire des conditions supplémentaires y compris des limitations, en ce qui concerne le traitement des données génétiques, des données biométriques ou des données concernant la santé. »¹⁵⁴³ Les données biométriques constituent une autre nouveauté issue du RGPD et font désormais partie des données sensibles¹⁵⁴⁴. Ainsi, en France, les traitements des données biométriques ne requièrent pas le consentement des salariés, à condition qu'ils soient « nécessaires au contrôle par les employeurs et les administrations de l'accès aux lieux de travail ainsi qu'aux appareils et aux applications utilisés dans le cadre des missions confiées aux salariés, aux agents, aux stagiaires ou aux prestataires »¹⁵⁴⁵.

Parmi les dérogations figurent des cas déjà prévus par la Loi informatique, tels que le consentement explicite de la personne et la défense d'un droit en justice. Nous retenons plus particulièrement la dérogation concernant le droit du travail et les conventions collectives : ainsi, l'interdiction ne s'applique pas lorsque « le traitement est nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union, par le droit d'un État membre ou par une convention collective conclue en vertu du droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits fondamentaux et les intérêts de la personne

¹⁵⁴¹ Guillaume Bordier, « Le chantier majeur du RGPD », *SSL*, n°1807, 19 mars 2018.

¹⁵⁴² Art. 9-1 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

¹⁵⁴³ Art.9-4 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

¹⁵⁴⁴ Le RGPD définit les données biométriques comme des « données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques » art. 4-14.

¹⁵⁴⁵ Art.44, 4°, Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par l'Ordonnance n°2018-1125 du 12 déc.2018.

concernée ». Cette dérogation est toutefois soumise à des conditions : l'employeur doit informer les salariés du traitement de leurs données et, dans certains cas, obtenir leur consentement préalable et explicite (art.7) ; les données collectées doivent être limitées à celles strictement nécessaires à l'objectif du traitement (art.5) ; enfin, l'employeur est également responsable d'assurer la sécurité et la confidentialité des données (art.32).

À la suite de l'entrée en vigueur du RGPD, la loi relative à l'informatique a été modifiée par l'ordonnance du 12 décembre 2018¹⁵⁴⁶. Désormais, c'est l'art. 6 qui consacre l'interdiction du traitement des données sensibles, en reprenant la formule employée par le règlement, ainsi que ses dérogations¹⁵⁴⁷. Une différence est toutefois marquante : au lieu de faire référence aux données à caractère personnel « qui révèlent l'origine raciale ou ethnique », le législateur français a opté pour une formule correspondant davantage à la perception française du concept de la « race » : l'on se réfère désormais aux données qui révèlent « la prétendue origine raciale et l'origine ethnique ». Le pouvoir de la CNIL en la matière doit également être souligné : la condamnation de Google à une amende de cinquante millions d'euros pour non-respect du RGPD illustre les potentielles conséquences du non-respect des exigences liées à la protection des données personnelles¹⁵⁴⁸.

327. La CNIL s'est également prononcée sur la question de la récolte des données personnelles de la part des employeurs sur l'appartenance ethnique, réelle ou supposée, de leurs employés. Elle s'oppose à ce type de questions mais permet, à des fins de mesure de la diversité, la collecte de données objectives telles que la nationalité et le lieu de naissance¹⁵⁴⁹. Toutefois, ces données ne peuvent figurer dans les fichiers de gestion du personnel. Ce débat est nécessairement associé au débat des algorithmes et des biais discriminatoires qui ressortent de l'emploi des éléments chiffrés, neutres en apparence mais pas nécessairement en pratique¹⁵⁵⁰. Bien que le rôle des partenaires sociaux semble limité, il leur revient, à travers la négociation collective, de rester vigilants face à l'emploi des différents éléments chiffrés. En matière de

¹⁵⁴⁶ Ordonnance n°2018-1125 du 12 déc.2018.

¹⁵⁴⁷ Art. 6.II : « Les exceptions à l'interdiction mentionnée au I sont fixées dans les conditions prévues par le 2 de l'article 9 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 et par la présente loi.

¹⁵⁴⁸ Google a contesté cette décision devant le Conseil d'État, qui a toutefois rejeté sa demande.

CNIL 21 janv. 2019, délib. n°SAN-2019-001, *Dalloz IP/IT* 2019.165, obs. E. Netter, CE 19 juin 2020, n°430810, *AJDA* 2020. 1263. V.aussi, Fabienne Jault-Seseke, « Quelle autorité pour contrôler le respect du RGPD par Google ? », *D.* 2020, p. 2043, Antoine d'Ornano, « Éclairages sur la compétence internationale de la CNIL », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 874.

¹⁵⁴⁹ Olivier Masclat, *op.cit.*, p. 36.

¹⁵⁵⁰ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, en partenariat avec la CNIL, mai 2020. Voir chapitre 3.

diversité au travail, se pose naturellement la question du traitement des données sensibles et des limites légales des outils statistiques.

En conclusion, le cadre légal français se montre restrictif face à l'utilisation extensive des données sensibles mais ne rend pas impossible la récolte de certains éléments chiffrés, susceptibles de révéler les inégalités même par rapport à des aspects sensibles de la diversité.

Section 2. Les indicateurs chiffrés au service du diagnostic et du contrôle de la diversité au travail

328. Comment mesurer la diversité ? La question demeure et se complexifie puisque les notions abstraites telles que l'égalité, la discrimination et la diversité ne sont pas quantifiables ; il n'existe aucune unité de mesure, aucune équation qui puisse numériser directement un phénomène social. D'où le fait que le recours à des indicateurs chiffrés soit indispensable. Toutefois, le choix des indicateurs et leur articulation peut très facilement modifier le résultat final. Il convient par conséquent d'examiner comment ces indicateurs peuvent servir les démarches de diversité au travail. À travers les accords collectifs, nous avons pu distinguer deux phases succinctes importantes pour la mise en œuvre de la diversité. Dans un premier temps, un diagnostic est nécessaire : afin de mettre en place la diversité, il faut connaître précisément la situation au sein de l'entreprise pour chaque aspect de la diversité (paragraphe 1). Par la suite, il faut un contrôle : il n'est possible qu'à condition de pouvoir « mesurer » la situation avant et après les mesures mises en place par les partenaires sociaux (paragraphe 2). Dans les deux phases, l'utilisation des indicateurs chiffrés est indispensable pour rendre la démarche concrète, fiable et effective. Sans ces indicateurs, les démarches diversité resteront plutôt théoriques et il serait impossible d'évaluer l'effectivité des mesures, ainsi que le progrès réalisé en matière de diversité au sein de l'entreprise. Les partenaires sociaux sont également conscients de ce besoin d'effectuer un diagnostic et un suivi fondés sur des éléments chiffrés, comme le démontrent de nombreux accords¹⁵⁵¹.

¹⁵⁵¹ Accord des institutions de retraite complémentaire du 19 octobre 2015, relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances (accord faisant partie de la convention collective nationale de travail du personnel des institutions de retraite complémentaire et de prévoyance du 9 décembre 1993) : « Considérant que toute action visant à corriger les éventuelles disparités de traitement suppose une connaissance précise des situations rencontrées, les parties signataires estiment indispensable de disposer, au niveau de la branche, des informations statistiques propres à assurer un suivi périodique des actions menées au titre de la promotion de la diversité et de l'égalité des chances. », Accord Oracle France SAS du 18 avril 2014, relatif à la diversité et l'ouverture de l'écosystème : « Aux fins de réaliser cette étude, une série de 30 entretiens sera réalisée par un prestataire externe en parallèle de l'établissement du diagnostic emploi ».

Paragraphe 1. Les indicateurs chiffrés dans l'entreprise : un outil de diagnostic

329. Afin d'opérer un diagnostic sur l'existence des discriminations en entreprise ainsi que sur la situation de l'entreprise par rapport aux différents aspects de la diversité, l'utilisation des indicateurs est inévitable. Il faut déterminer le type d'indicateur à utiliser afin de parvenir à quantifier des notions abstraites telles que la diversité et les discriminations : c'est ce qu'on appelle l'indicateur social (A). Une fois cet outil identifié, le diagnostic s'opère à travers des indicateurs formés pour identifier la situation dans l'entreprise : citons notamment les indicateurs sur le coût des discriminations ainsi que l'outil légal de la Base de données économiques et sociales (BDES) (B).

A) L'indicateur social : outil incontournable dans les démarches diversité

330. Il convient de distinguer les notions « quantifier » et « mesurer » ; la première se réfère à la transformation en une forme numérique de ce qui, auparavant, n'était exprimé que par des mots ; la deuxième concerne des notions ayant déjà une forme numérique selon « une métrologie réaliste »¹⁵⁵². Par conséquent, en matière de diversité, il convient d'employer le terme « quantifier » davantage que celui de « mesurer ». Cette « quantification » se réalise à travers l'élaboration des indicateurs qui visent à traduire une situation non numérique en une forme numérique. Par exemple, le pourcentage des femmes et des hommes employés dans une entreprise, le pourcentage de l'écart entre les salaires des femmes et des hommes ou le pourcentage des femmes occupant des postes à haute responsabilité constituent des indicateurs quantitatifs d'une notion abstraite qui ne peut, en soi, être quantifiée : l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

331. **La construction des indicateurs.** Afin de parvenir au développement des indicateurs adaptés et représentatifs du phénomène que l'on souhaite quantifier, un processus doit être mis en avant, celui des « conventions d'équivalences préalables »¹⁵⁵³ ; les conventions d'équivalences servent à interpréter et déterminer des éléments calculables qui peuvent servir d'équivalents à la situation que l'on souhaite quantifier. Il est nécessaire de décrypter les problèmes et leur manifestation ; par la suite, il faut identifier le codage permettant de quantifier cette manifestation. Suivant notre exemple, en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, apparaît souvent la difficulté pour les femmes de « briser le plafond de

¹⁵⁵² Alain Desrosières, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, op.cit., p. 38.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

verre » et d'accéder à des promotions et à des postes managériaux. Dans ce cas, examiner le pourcentage des femmes salariées puis le pourcentage des femmes faisant partie des équipes de direction pourrait constituer un indicateur représentatif de la situation de l'entreprise en la matière, par rapport à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et l'accès des salariés féminins et masculins aux promotions. Par la suite, pour interpréter les résultats, il faut partir des usages, c'est-à-dire de la construction et l'évaluation des politiques sociales¹⁵⁵⁴ ; ainsi, il faut construire des plafonds et des seuils, dits « niveaux absolus », afin d'apprécier le caractère positif ou négatif des résultats. Pour mesurer les variations et les probabilités, accomplir des comparaisons et, enfin, aboutir à la construction d'un véritable indicateur social, il faut procéder à des mesures régulières. Le processus de la mise en place des indicateurs est important pour les engagements de droit souple et de RSE, et, par conséquent, pour les démarches de diversité qui s'inscrivent souvent dans un tel cadre : en rendant ces engagements tangibles, les indicateurs leur accordent une plus grande légitimité. En effet « une légitimation des choix sur des critères de gestion, tels que les indicateurs, nécessite la concertation des différents acteurs afin d'identifier le champ des actions acceptables »¹⁵⁵⁵. Le choix des indicateurs peut être déterminant pour le choix des démarches et des actions mises en place au sein de l'entreprise : le travail de partenaires sociaux ne doit pas se limiter à l'aspect abstrait des démarches de diversité, leur implication au stade même d'un diagnostic est nécessaire pour rendre tout le processus légitime.

332. **L'indicateur social.** « Les indicateurs sont des séries statistiques précisément mises en forme pour faire exister socialement un problème social et pour offrir un point de référence pour l'action et son évaluation »¹⁵⁵⁶. La naissance des indicateurs sociaux remonte aux années 1960 et 1970, notamment aux États-Unis et en Europe du Nord. La motivation expliquant leur création était la mise en place de politiques sociales coordonnées, à l'image des politiques économiques de l'époque¹⁵⁵⁷. L'expression « indicateur social » regroupe les statistiques sociales possédant les attributs suivants : « 1) elles constituent des éléments d'un modèle de système social (ceci inclut les aspects psycho-sociologiques, économiques, démographiques et écologiques) ou encore d'une partie déterminée ou de l'évolution de ce modèle ; 2) elles

¹⁵⁵⁴ *Ibid.* pp. 129-130.

¹⁵⁵⁵ Sylvie Faucheux, Isabelle Nicolăi, « La responsabilité sociétale dans la construction d'indicateurs : l'expérience de l'industrie européenne de l'aluminium », *Natures Sciences Sociétés* 2004/1 (Vol. 12), p. 31.

¹⁵⁵⁶ Alain Desrosiers, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 128, Daniel Benamouzig, « Mesures de qualité de vie en santé. Un processus social de subjectivation ? », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2010/1 (N°4), p. 141.

peuvent être recueillies en différentes dates et réunies en séries temporelles ; 3) elles peuvent être soit isolées, soit agrégées selon les niveaux correspondant aux caractéristiques du modèle. »¹⁵⁵⁸

Dans les années 1990, le débat concernait cette fois l'UE, à travers les « systèmes intégrés des statistiques sociales »¹⁵⁵⁹. Par exemple, la « Stratégie européenne pour l'emploi » (SEE) a contribué à l'évolution des indicateurs d'emploi jugés pertinents, en privilégiant l'indicateur du taux d'emploi à la place de celui du taux du chômage¹⁵⁶⁰. L'objectif de la création d'un indicateur social et d'une statistique sociale ne se limite pas à la quantification d'un certain phénomène ; il vise aussi à reconnaître ce phénomène dans la sphère publique. Pour l'UE, il s'agit davantage de créer un espace européen : la logique s'inverse, l'intérêt se déplace du phénomène à étudier à la construction d'une identité européenne. Ainsi, à travers les enquêtes d'Eurostat, on se rapproche de l'institution d'un « espace de comparaison et d'équivalence » européen¹⁵⁶¹. Il s'agit de la méthode du *benchmarking*, qui consiste à mettre en place des indicateurs communs de performance dans l'objectif d'instaurer un dispositif d'évaluation comparative des résultats nationaux : ceci permet de mesurer le progrès des États membres, distinguer les meilleures pratiques et les rendre accessibles à tous¹⁵⁶². La contrainte juridique n'étant pas possible pour toutes les thématiques sociales (celles-ci ne rentrant pas nécessairement dans le cadre des compétences de l'UE), nous retrouvons des rapports comportant des incitations fortes et des propositions de nature managériale.

333. Au sein des entreprises, ce courant s'est traduit par les démarches de performance extra-financière, démarches suivies par l'adoption d'indicateurs spécifiques. Ces indicateurs regroupent essentiellement deux types d'indicateurs, les indicateurs environnementaux et les indicateurs sociaux, qui peuvent prendre la forme de données monétaires ou financières, de mesures non financières ou encore de données qualitatives. Le rôle de ces indicateurs est de « renseigner les managers et les dirigeants sur les impacts sociaux et environnementaux des activités de l'entreprise, d'une part, et sur la qualité des relations entre la firme et ses parties

¹⁵⁵⁸ Kenneth C. Land, « Comment définir les indicateurs sociaux ? », *Revue française de sociologie*, 1971, vol. 12, n°4, p. 571-572.

¹⁵⁵⁹ Alain Desrosières, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, op. cit. p. 129.

¹⁵⁶⁰ Alain Desrosières, *Gouverner par les nombres, L'argument statistique II*, op. cit., p. 113.

¹⁵⁶¹ Alain Desrosières, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, op. cit., p. 134.

¹⁵⁶² Bruno Isabelle, « La déroute du « benchmarking social ». La coordination des luttes nationales contre l'exclusion et la pauvreté en Europe », *Revue Française de Socio-Économie*, 2010/1 (n°5), p. 42, Alain Supiot, op.cit., p. 232.

prenantes, d'autre part », dans l'objectif de réussir une performance environnementale ou sociale ayant des impacts sur la performance financière de l'entreprise¹⁵⁶³.

Toutefois, à l'opposé du consensus au niveau international que nous pouvons remarquer en ce qui concerne les indicateurs des politiques économiques, les indicateurs sociaux sont plus compliqués à intégrer dans un cadre conceptuel commun, en raison de leur rattachement à des rapports sociaux nationaux toujours variables dans le temps et dans l'espace¹⁵⁶⁴. En France, nous constatons une contradiction : d'une part, l'instauration des indicateurs est consacrée et réclamée par les Labels¹⁵⁶⁵, d'autre part, les indicateurs à disposition en matière de diversité et de lutte contre les discriminations sont limités d'un point de vue légal et ne peuvent concerner que certains aspects (le sexe, l'âge, le handicap reconnu, la nationalité, sous conditions, comme nous avons vu ci-dessus). D'un autre côté, vu la difficulté de quantifier des notions comme la diversité, un autre danger serait de procéder à une multiplication et une sur-utilisation des indicateurs sociaux en vue de trouver les indicateurs susceptibles de mesurer chaque aspect de la performance extra-financière¹⁵⁶⁶ : l'objectif ne doit pas être la multiplication des indicateurs utilisés par les entreprises, mais la recherche et la mise en place des indicateurs pertinents pour chaque entreprise et chaque aspect de diversité. En matière d'indicateurs liés à la performance, il faut également être attentif aux techniques managériales focalisées sur le *benchmarking*, comme le révèle un jugement de 2012 du Tribunal de grande instance de Lyon¹⁵⁶⁷ : être évalué sur le fondement d'une comparaison avec la performance d'autres salariés et non pas sur le fondement d'objectifs concrets crée un sentiment d'instabilité et de stress permanent chez les salariés.

334. L'implication des partenaires sociaux dans la détermination de ces indicateurs est à nouveau indispensable puisque pour parvenir aux indicateurs sociaux pertinents, il faut un travail de construction des indicateurs en fonction des objectifs, contraintes, contexte et culture spécifiques à chaque organisation¹⁵⁶⁸. Pour choisir l'indicateur social pertinent, une distinction selon la fonction des indicateurs sociaux doit être opérée. Nous pouvons parvenir à trois types

¹⁵⁶³ Moez Essid, Nicolas Berland, « Les indicateurs de la RSE dans les entreprises françaises. La complexité responsable », *Revue française de gestion*, 2013/5 (N°234), p. 28.

¹⁵⁶⁴ Alain Desrosières, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, *op. cit.*, p. 131-135.

¹⁵⁶⁵ Soufyane Frimousse, Jean-Marie Peretti, « La diversité ou la dialectique du semblable et du différent », *Management & Avenir* 2007/4 (n°14), p. 113.

¹⁵⁶⁶ Moez Essid, Nicolas Berland, *op.cit.*, pp. 31-32.

¹⁵⁶⁷ TGI Lyon, 4 septembre 2012, n°11/05300, SSL, 10 septembre 2012, n°1550, p. 15.

¹⁵⁶⁸ Hédia Zannad, « Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion », *Humanisme et Entreprise* 2009/5 (n°295), p. 30.

d'indicateurs : les indicateurs d'alerte (rôle d'alarme), les alertes d'équilibration (rôle de suivi) et les indicateurs d'anticipation (rôle de prévision)¹⁵⁶⁹, à l'image des indicateurs pour l'égalité professionnelle. Une autre proposition consisterait à les catégoriser en indicateurs de moyens et indicateurs de résultat : par exemple, le nombre de salariés handicapés est un indicateur de résultat, tandis que le montant de l'investissement consacré à des formations en matière de diversité est un indicateur de moyens¹⁵⁷⁰.

Dans tous les cas, l'identification des indicateurs appropriés est nécessaire pour obtenir les bons résultats et éviter la sur-utilisation des indicateurs non pertinents. En matière d'inégalités sociales et relativement aux statistiques concernant les critères sensibles, le choix et l'utilisation des indicateurs appropriés est souvent complexe et difficile à justifier. Il s'agit d'une difficulté qui doit être surmontée par les entreprises souhaitant obtenir le Label Diversité, celui-ci exigeant de mesurer les résultats obtenus en matière de diversité, sachant aussi que l'AFNOR met une série d'indicateurs à la disposition des entreprises souhaitant aller plus loin dans leurs démarches. La diversité dépasse la simple notion de lutte contre les discriminations et il faudra faire appel à des instruments spéciaux (tels que la BDES) afin de trouver les éléments chiffrés aptes à quantifier cette notion polyvalente.

B) Le diagnostic sur la diversité à travers les indicateurs sociaux

335. Comme le précise le Professeur Alain Supiot, dans le cadre d'une gouvernance par les nombres, les indicateurs chiffrés employés sont dotés d'un effet normatif¹⁵⁷¹. Le législateur a effectivement mis en place une série d'outils chiffrés à la disposition des entreprises, outils qui peuvent être utiles pour le diagnostic des démarches en matière de diversité, ou au moins certains de ses aspects. Un premier instrument est la BDES, consacrée légalement et mise en place obligatoirement par les entreprises. Des indicateurs sur les discriminations et notamment sur leurs coûts existent également mais nécessitent un développement plus large. Les partenaires sociaux agissent différemment : nous ne sommes là plus en présence d'acteurs négociateurs et d'échanges avec les organisations syndicales. L'employeur répond à une obligation légale d'informer et consulter les représentants du personnel sur certaines

¹⁵⁶⁹ Hédia Zannad, « Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion », *op.cit.*, p. 33 et Hédia Zannad, Pete Stone, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *Management & Avenir*, 2010/8 (n°38), p. 160.

¹⁵⁷⁰ Hédia Zannad, « Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion », *op.cit.* et Hédia Zannad, Pete Stone, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *op.cit.*, p. 161.

¹⁵⁷¹ Alain Supiot, *op.cit.*, p. 247.

thématiques. Les représentants du personnel disposent d'une marge de manœuvre limitée mais peuvent intervenir lorsque l'employeur ne satisfait pas à ses obligations.

1. Les indicateurs légaux

336. **La Base de données économiques et sociales (BDES).** Le recours aux indicateurs est obligatoire pour l'employeur lors de la mise en place de la base de données économiques et sociales (BDES). Selon l'article L2312-18, la BDES « rassemble l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du comité social et économique. Ces informations comportent en particulier des indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur les écarts de rémunération »¹⁵⁷². Il convient de préciser qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public : par conséquent, l'employeur ne peut s'y soustraire par le biais d'une négociation collective. L'utilisation des indicateurs chiffrés est alors imposée en matière d'égalité professionnelle. En effet, cette thématique fait partie de la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, l'employeur étant dans l'obligation de mettre à la disposition du comité social et économique les informations sur l'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires, sur les actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés ainsi que les informations et les indicateurs chiffrés sur la situation comparée des femmes et des hommes au sein de l'entreprise et l'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes issu de la négociation mentionnée ou, à défaut, le plan d'action¹⁵⁷³.

Dans le cadres de la BDES, des indicateurs précis sont à la disposition de l'employeur : par exemple, la répartition par sexe de l'effectif total (indicateur 115), la répartition par âge de l'effectif (indicateur 116), le nombre de salariés handicapés au 31 mars de l'année considérée (indicateur 171), la répartition de l'effectif total selon l'ancienneté (indicateur 117), le nombre de salariés promus dans l'année dans une catégorie supérieure (indicateur 151) ou encore la répartition de l'effectif total selon la nationalité : Français ou Étrangers (indicateur 118)¹⁵⁷⁴. Ces éléments montrent que malgré la réticence décrite ci-dessus quant à l'utilisation des éléments chiffrés, l'employeur, ainsi que les partenaires sociaux, disposent des outils légaux

¹⁵⁷² Art. L2312-18 C. tr., créé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, art. 1 et art. R2312-7 modifié par le décret n°2019-382 du 29 avril 2019, art.2.

¹⁵⁷³ Art. L2312-26 C. tr., modifié par l'ordonnance n°2019-861 du 21 août 2019, art. 1.

¹⁵⁷⁴ Arrêté du 8 décembre 1977 fixant la liste des indicateurs figurant dans le bilan social d'entreprise et dans le bilan social d'établissement des secteurs du commerce et des services, version consolidée au 24 janvier 2020.

nécessaires pour mesurer effectivement certains aspects de la diversité. Le non-respect des engagements liés à la BDES peut entraîner des conséquences importantes pour l'entreprise et pour la personne chargée de sa mise en place. Ainsi, en l'absence d'accès à la BDES, le délai prévu pour la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise n'est pas opposable aux élus¹⁵⁷⁵ et le PSE est suspendu¹⁵⁷⁶. En outre, les représentants peuvent déclencher une action pour délit d'entrave et saisir le juge des référés pour exiger une mise en conformité¹⁵⁷⁷. Enfin, le salarié directeur des ressources humaines et responsable de la mise en place de la BDES peut être licencié lorsqu'il n'a pas accompli cette tâche¹⁵⁷⁸ : le licenciement peut être qualifié de faute grave lorsque l'abstention du salarié est due à une mauvaise volonté délibérée. Lorsque celle-ci n'est pas établie, le salarié sera licencié pour insuffisance professionnelle.

337. **La performance extra-financière.** Il existe également des règles spécifiques concernant les indicateurs en matière de déclaration de performance extra-financière, celle-ci comprenant, parmi d'autres éléments, « les conditions de travail des salariés, les actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et les mesures prises en faveur des personnes handicapées »¹⁵⁷⁹. Ainsi, l'art. R225-105¹⁵⁸⁰ du Code de commerce prévoit que la déclaration de performance extra-financière doit comprendre, pour chaque catégorie d'information, une description des principaux risques liés à l'activité de la société, une description des politiques appliquées par la société pour affronter ces risques ainsi que les résultats de ces politiques incluant des indicateurs clés de performance. Ce même article prévoit plus précisément les indicateurs attendus pour les informations sociales : en ce qui concerne l'emploi, les indicateurs comprennent l'effectif total et la répartition des salariés par sexe, par âge et par zone géographique et les rémunérations et leur évolution¹⁵⁸¹ ; l'organisation du dialogue social et le bilan des accords collectifs font partie des indicateurs concernant les relations sociales¹⁵⁸² ; concernant l'égalité de traitement, les indicateurs incluent les mesures prises en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes, les mesures prises en faveur de l'emploi et de l'insertion des personnes handicapées, ainsi que la politique de lutte contre les discriminations¹⁵⁸³.

¹⁵⁷⁵ Cass. soc. 28 mars 2018, n°17-13.081.

¹⁵⁷⁶ Ordonnance du TGI de Nanterre du 30 mai 2018, n°18/00552.

¹⁵⁷⁷ V. ch.8

¹⁵⁷⁸ Cass. soc. 27 janv. 2021, n°19-16.692.

¹⁵⁷⁹ Art. L.225-102-1 C.com (modifié par la Loi n°2018-938 du 30 octobre 2018, art. 55).

¹⁵⁸⁰ Art. R.225-105 C.com. (modifié par Décret n°2017-1265 du 9 août 2017, art. 2).

¹⁵⁸¹ Art. R.225-105 II. A. 1° a) C.com. (modifié par Décret n°2017-1265 du 9 août 2017, art. 2).

¹⁵⁸² Art. R.225-105 II. A. 1° d) C.com. (modifié par Décret n°2017-1265 du 9 août 2017, art. 2).

¹⁵⁸³ Art. R.225-105 II. A. 1° f) C.com. (modifié par Décret n°2017-1265 du 9 août 2017, art. 2).

2. Les indicateurs adoptés dans une optique de RSE

338. **Les indicateurs RSE.** Par « indicateur RSE » nous nous référons à des indicateurs qui ne sont pas légalement imposés aux entreprises et qui sont adoptés dans une optique RSE, comme les indicateurs sur le coût des discriminations. Au niveau interne, nous pouvons faire référence aux indicateurs proposés par l'AFNOR dans le cadre de l'obtention du Label Diversité. Au niveau international, mentionnons les indicateurs créés par le GRI, très populaires notamment chez les grandes entreprises transnationales.

339. **Les indicateurs sur le coût des discriminations.** Nous avons montré au cours du premier chapitre que l'enjeu de la lutte contre les discriminations dépasse les questions de la morale ou du respect de la loi. A ainsi émergé la théorie du coût des discriminations, laquelle se rapproche des objectifs performatifs de l'entreprise en considérant qu'il faut lutter contre les discriminations non seulement pour des raisons légales ou morales, mais également pour des raisons de nature économique et performative. Un véritable enjeu financier accompagne les démarches antidiscriminatoires des entreprises. Une partie de cet enjeu économique est liée aux conséquences financières et commerciales d'une condamnation pour discrimination : l'affaire *Chibanis*, dans laquelle la SNCF a été condamnée à payer 180 millions d'euros pour discrimination envers des cheminots d'origine marocaine est, à cet égard, particulièrement évocatrice¹⁵⁸⁴. Une autre partie de l'enjeu a trait à la notion de *business case* et aux conséquences économiques de la mise à l'écart d'une partie de la main d'œuvre. C'est notamment cette dernière partie qui, de par son objectif, est intrinsèquement liée aux démarches diversité. La théorie se résume au fait que la discrimination est coûteuse car elle évince de l'emploi ou sous-rémunère une partie de la population, ce qui génère par conséquent une baisse de production et de performance¹⁵⁸⁵. La diversité apparaît, d'un autre côté, comme la solution, un facteur de performance qui permet d'exploiter le potentiel économique auparavant mis à l'écart¹⁵⁸⁶.

340. Il existe un grand nombre de recherches américaines et britanniques concernant le coût des discriminations et, par conséquent, les indicateurs à utiliser pour calculer ce coût. En France, la recherche en la matière est plus limitée en raison, en partie, des contraintes liées aux

¹⁵⁸⁴ CA Paris, pôle 6, ch. 10, 31 janvier 2018, n°15/11747, Marie Peyronnet, « Affaire Chibanis c/ SNCF : la discrimination fondée sur la nationalité est confirmée », *D. act.*, 13 février 2018.

¹⁵⁸⁵ Stéphane Carcillo, Marie-Anne Valfort, *Les discriminations au travail. Femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, Paris, Presses de Sciences Po, « Sécuriser l'emploi », 2018, p. 26 et s.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 28

statistiques décrites ci-dessus. Nous pouvons toutefois rappeler le rapport à la ministre du Travail sur le coût des discriminations, établi par France stratégie en 2016 et publié en 2017 : Jean Pisani-Ferry, Commissaire général de France Stratégie, explique en introduisant le rapport l'objectif financier des indicateurs sur les coûts des discriminations : « il se trouve cependant que les discriminations sont économiquement pénalisantes, que leur coût pour la collectivité est élevé, et donc que leur élimination induirait, à terme, un gain substantiel en croissance et en revenu »¹⁵⁸⁷. Les indicateurs retenus dans le cadre de ce rapport sont nombreux : pour calculer les écarts de rémunération, la population a été répartie par classe d'âge, par sexe et en fonction de l'origine géographique des parents (indice qui inclut le fait d'être natif d'un département d'outre-mer). Pendant la durée de l'étude (2005 à 2014), ont été obtenus pour chaque groupe le taux d'emploi, le niveau de salaire à rang donné, le nombre d'heures travaillées et la proportion de personnes ayant au moins le baccalauréat¹⁵⁸⁸. Le lieu de résidence fait également partie des critères de discrimination étudiés, en utilisant l'indicateur de personnes vivant en zone urbaine sensible (ZUS), ainsi que le handicap, en retenant comme indice les personnes déclarant un handicap dès la naissance¹⁵⁸⁹. Certains s'opposent à l'addition de cette logique économique au débat de la lutte contre les discriminations : si ce rapport concluait que les discriminations sont économiquement rentables, quelles en seraient les conséquences juridiques ?¹⁵⁹⁰

341. **Les indicateurs internationaux, l'exemple du *Global reporting initiative* (GRI).** Le GRI¹⁵⁹¹ est une organisation internationale indépendante qui fournit aux gouvernements et aux entreprises des indicateurs pour accomplir le reporting environnemental ou socio-environnemental, c'est-à-dire mesurer les impacts économiques, environnementaux et/ou sociaux de leur activité. Il se distingue des autres organisations de reporting par le caractère pluripartite de sa composition et de ses destinataires : gouvernements, entreprises, organisations non gouvernementales, société civile. Nous trouvons par conséquent différentes normes élaborées par le GRI et touchant à différents aspects de la responsabilité sociale concernant

¹⁵⁸⁷ Gilles Bon-Maury, Catherine Bruneau, Clément Dherbecourt [et al.], *Le coût économique des discriminations*, op.cit., p. 3.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 13-15.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁹⁰ Réjane Sénac, *Les non-frères au pays de l'égalité*, Réjane Sénac (dir.), Paris, Presses de Sciences Po, « Nouveaux Débats », 2017, p. 106.

¹⁵⁹¹ Global reporting initiative, page officielle, <https://www.globalreporting.org/information/about-gri/Pages/default.aspx>.

Il s'agit de l'acteur dominant en matière de reporting au niveau international : 85% des 250 plus grandes entreprises mondiales suivent les lignes directrices du GRI. Laurence Vigneau, Michael Humphreys, Jeremy Moon, « How do firms comply with international standards ? Processes and consequences of adopting the global reporting initiative », *J Bus Ethics* (2015) 131:469–486, p. 473.

directement ou indirectement la diversité. Il convient de préciser que ces normes comprennent des lignes directrices et non pas des engagements contraignants, à l’opposé, par exemple, des engagements d’un Label. Nous mettons notamment l’accent sur la norme GRI 405 de 2016 sur « la diversité et l’égalité des chances » ainsi que sur la norme GRI 406 (élaborée également en 2016) sur la lutte contre les discriminations. Par exemple, le groupe Casino utilise les indicateurs issus du GRI dans sa déclaration de performance extra-financière¹⁵⁹².

L’utilisation des standards tels que ceux du GRI gagne de plus en plus en popularité chez les grandes entreprises internationales, ce qui résulte en la création d’un véritable marché de standards avec différentes organisations en compétition ou en collaboration pour l’élaboration des standards sociaux et environnementaux. La question que nous devons nous poser porte effectivement sur les effets pratiques et juridiques de l’adoption de ces standards et de la création de ce marché atypique. Des recherches britanniques sur le GRI révèlent que si un grand nombre de recherches sur les normes GRI ont été menées, très peu, en revanche, concernent l’impact de l’utilisation de ces normes sur les pratiques au sein des entreprises¹⁵⁹³. Bien que l’influence du standard sur les décisions managériales des entreprises l’ayant adopté soit indéniable, le scepticisme demeure quant à son effectivité, notamment en ce qui concerne la responsabilité et la transparence. Pour certains, les efforts actuels ne sont pas suffisants pour obtenir le résultat souhaité par le GRI en matière de développement durable : une implication plus importante des parties prenantes, notamment des gouvernements et des entreprises privées, serait nécessaire pour parvenir aux résultats visés par ces standards internationaux¹⁵⁹⁴.

Les partenaires sociaux peuvent utiliser ces instruments pour « mesurer » les différents aspects de la diversité mais leur véritable défi restera le traitement des aspects qui sont difficilement quantifiables. Le législateur ayant prévu des indicateurs pour ce qui peut être quantifié, la négociation collective reste la voie la plus propice pour développer des outils afin d’évaluer les aspects non quantifiables de la diversité.

¹⁵⁹² Groupe Casino, *Responsabilité sociale d’entreprise et Déclaration de performance extra-financière*, p. 247 et s., <https://www.groupe-casino.fr/wp-content/uploads/2019/07/Groupe-Casino-DDR-RSE.pdf>.

¹⁵⁹³ Laurence Vigneau, Michael Humphreys, Jeremy Moon, « How do firms comply with international standards ? Processes and consequences of adopting the global reporting initiative », *J Bus Ethics* (2015), 131: 469–486, p. 473.

¹⁵⁹⁴ Paul Hohnen, « The United Nations Global Compact and the Global Reporting Initiative », In B. Ki-moon (Author) & Rasche, Andreas. Kell, Georg (Eds.), *The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge : Cambridge University Press, 2010, pp. 293-314.

Paragraphe 2. Les indicateurs chiffrés dans l'entreprise : un outil de contrôle

342. Le rôle des indicateurs en ce qui concerne le diagnostic est évident ; cependant, le suivi ne s'arrête pas à la constatation d'une situation mais concerne aussi les mesures prises pour son amélioration. Par conséquent, les partenaires sociaux doivent pouvoir contrôler si les mesures adoptées dans le cadre des accords ou encore les engagements pris dans le cadre de la Charte de la diversité ou du Label produisent les effets souhaités et atteignent les objectifs posés en matière de diversité. Pour aller plus loin que le simple diagnostic, citons l'exemple de l'Index égalité professionnelle (A) : nous choisissons de distinguer l'Index des autres indicateurs déjà décrits, puisqu'il s'accompagne d'un cadre légal contraignant précis qui permet non seulement de diagnostiquer les inégalités, mais contraint aussi les entreprises de produire des résultats concrets. Dans ce cas, l'indicateur acquiert un véritable rôle de suivi, ce qui nous amène également à nous interroger sur le rôle des partenaires sociaux dans ce contexte. Parallèlement, se pose la question de l'approche à suivre par rapport aux indicateurs chiffrés, une approche qui, sans s'opposer à la loi du 6 janvier 1978, pourrait concrétiser et légitimer la diversité en entreprise (B).

A) Les indicateurs chiffrés en tant que moyen de contrôle : l'exemple de l'Index égalité professionnelle

343. **L'Index Égalité professionnelle.** En matière d'égalité professionnelle, l'utilisation des indicateurs chiffrés ne constitue pas une nouveauté, ceux-ci faisant partie des accords collectifs sur l'égalité professionnelle depuis 2011¹⁵⁹⁵. Toutefois, ces indicateurs sont davantage concrétisés par le législateur depuis la loi sur la liberté de choisir son avenir professionnel de 2018¹⁵⁹⁶ et les décrets de 2019¹⁵⁹⁷ mettant en place l'Index égalité professionnelle. Ainsi, l'art. L.1142-8 du Code du travail prévoit que « dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'employeur publie chaque année des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer ». Conformément à l'art. D.1142-5 du Code du travail, les indicateurs sont mis à la disposition du CSE via la BDES,

¹⁵⁹⁵ Le décret n°2011-822 du 7 juill. 2011, art. 1 a créé l'art. R.2242-2, selon lequel les objectifs et actions prévus par un accord collectif sur l'égalité professionnelle sont accompagnés d'indicateurs chiffrés.

¹⁵⁹⁶ Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

¹⁵⁹⁷ Le décret n°2019-15 du 8 janvier 2019 portant application des dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et relatives à la lutte contre les violences sexuelles et les agissements sexistes au travail a mis en place l'Index égalité professionnelle. Il convient aussi d'ajouter le décret n°2019-382 du 29 avril 2019 portant application des dispositions de l'article 104 de la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel relatif aux obligations en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise.

dans la rubrique dédiée à l'égalité professionnelle. Ces indicateurs sont précisés par l'art. D.1142-2 du Code de travail, qui s'adresse aux entreprises de plus de deux cent cinquante salariés : il s'agit de cinq indicateurs et d'une nouvelle grille d'évaluation portant sur l'écart des rémunérations, l'écart des taux d'augmentation individuelle de salaire, l'écart des taux de promotion, le pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année de leur retour de congé de maternité et, enfin, la parité parmi les dix plus hautes rémunérations¹⁵⁹⁸. En ce qui concerne les entreprises qui emploient entre cinquante et deux cent cinquante salariés, les mêmes indicateurs sont prévus, à l'exception de l'indicateur sur l'écart des taux de promotion entre les femmes et les hommes (D.1142-2-1). Pour certains auteurs, ces indicateurs opèrent un équilibre entre, d'un côté, l'objectif d'égalité professionnelle poursuivi et, de l'autre, le pouvoir de gestion de l'employeur, pouvoir lui permettant d'évaluer le travail des salariés et de revaloriser leurs salaires : dans tous les cas, le principe du « travail égal, salaire égal » pour les salariés placés dans une situation identique ne doit pas être mis en cause¹⁵⁹⁹.

Pour d'autres¹⁶⁰⁰, cette quantification de l'égalité professionnelle peut également entraîner des conséquences négatives, notamment en ce qui concerne le rôle des partenaires sociaux : même si la négociation en la matière demeure obligatoire, l'intérêt risque davantage de se déplacer vers l'obtention d'une « bonne note » que vers l'égalité effective. Une fois cette note acquise, la négociation collective aura moins d'intérêt, ce qui marquerait un déclin du modèle de l'égalité négociée. Outre la fragilisation du dialogue social au sein de l'entreprise, un autre risque est relatif au fait que, même si les indicateurs peuvent être assez efficaces pour mesurer les aspects quantifiables des inégalités (tels que les écarts de salaires), ils sont plutôt inadaptés pour mesurer d'autres facettes des inégalités non quantifiables portant, par exemple, sur les conditions de travail. Pour affronter les inégalités non quantifiables, les partenaires sociaux doivent maintenir un rôle central et poursuivre le dialogue social et les négociations en matière d'égalité professionnelle, indépendamment de la note obtenue par l'entreprise.

¹⁵⁹⁸ Précisons que cet indicateur existait déjà dans la BDES, mais portait sur le nombre de femmes dans les dix plus hautes rémunérations. À la suite du décret du 8 janvier 2019, il faut prendre en considération le nombre de salariés du sexe sous-représenté qu'ils soient des hommes ou des femmes.

Anne Bariet, « L'index des inégalités salariales femmes/hommes est publié », *actuEL RH*, 10 janvier 2019, Jean-Baptiste Davoine, « Égalité professionnelle : les six nouveaux indicateurs à ajouter à la BDES », *actuEL RH*, 17 janv. 2019.

¹⁵⁹⁹ Franck Petit, « Les éléments constitutifs de la rémunération pour l'application de l'index de l'égalité entre les femmes et les hommes (Décret n°2019-15 du 8 janvier 2019) », *Dr. soc.*, 2020, p. 53.

¹⁶⁰⁰ Vincent-Arnaud Chappe, « L'index d'égalité professionnelle : une révolution par les nombres ? », *actuEL RH*, 10 sept. 2019.

344. En ce qui concerne le périmètre géographique à prendre en considération pour le calcul des indicateurs, celui-ci est l'entreprise ou l'unité économique et sociale (à condition qu'un comité social et économique soit constitué à ce niveau). Concernant le périmètre matériel du calcul, le Professeur Franck Petit opère une distinction entre les éléments de rémunération calculés à partir de critères objectifs et ceux calculés à partir de critères individualisés¹⁶⁰¹. Dans la première catégorie, on retrouve les éléments du salaire et les éléments qui lui sont assimilés (complément de salaire, revenus qui ont la nature accessoire de salaire, salaire de substitution), à l'exclusion des indemnités accompagnant la rupture du contrat. Dans la seconde catégorie, on se réfère aux augmentations et promotions individuelles ainsi qu'aux augmentations accordées aux salariées suivant leur retour de congé de maternité : les augmentations individuelles peuvent comprendre les « gratifications personnalisées, de caractère facultatif, bénévole et variable d'un individu à l'autre ». Cependant, fait seulement partie du calcul le nombre d'augmentations accordées et non pas l'importance et le montant de l'augmentation, ce qui, selon Franck Petit, peut influencer l'efficacité de cet indicateur. En ce qui concerne les promotions individuelles, le décret n'apporte pas de précisions mais il pourrait s'agir « d'un changement de coefficient dans la grille des classifications ou d'un changement de qualification ».

La tâche de l'employeur ne se limite pas au calcul ou à la publication de ces indicateurs (D.1142-4 et D.1142-5), les résultats émanant des indicateurs ayant des conséquences précises. Ainsi, une grille de cent points est formée : l'entreprise devra réussir à obtenir un résultat d'au moins soixante-quinze points ; à défaut, il faudra mettre en place des mesures de correction et, le cas échéant, une programmation de mesures financières de rattrapage salarial (D.1142-6 et L.1142-9). Ces mesures peuvent faire partie de la négociation collective sur l'égalité professionnelle mais, en l'absence d'accord, celles-ci sont déterminées par décision de l'employeur après consultation du comité social et économique, déposée auprès de l'autorité administrative. Dans tous les cas, des résultats concrets sont attendus : les entreprises qui n'atteignent pas les soixante-quinze points requis disposent d'un délai de trois ans pour y remédier et, à l'expiration de ce délai, risquent une pénalité financière de maximum 1 % des rémunérations et gains des cotisations de sécurité sociale dues (art. L.1142-10). Cette pénalité est prononcée par la DREETS (D1142-10), qui peut toutefois accorder un délai supplémentaire

¹⁶⁰¹ Franck Petit, *op.cit.*, p. 53.

si l'employeur est de bonne foi et justifie sa défaillance¹⁶⁰². L'inspection du travail a un rôle important à jouer pour le contrôle de l'index : Yves Struillou, ancien Directeur général du travail, avait annoncé qu'il y a au moins quatre interventions en entreprise par agent par an pour contrôler l'index de l'égalité professionnelle et, en cas de résultats insatisfaisants, sont prévues des interventions en amont de l'expiration de la période de trois ans pour accompagner l'entreprise dans les corrections¹⁶⁰³.

345. Nous pouvons en déduire une volonté de la part du législateur de rendre les démarches pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes beaucoup plus concrètes et contraignantes, ce qui nécessite des éléments et objectifs chiffrés bien déterminés. Toutefois, des doutes apparaissent en ce qui concerne la valeur juridique de l'Index, puisqu'aucune présomption ne lui est attachée et, lors d'un contentieux pour discrimination, la note obtenue ne pourrait constituer qu'un indice parmi autres¹⁶⁰⁴. Toutefois, une modification du contentieux sur l'égalité professionnelle est envisageable avec la prise de conscience, grâce à l'Index, des inégalités salariales ou encore de l'absence d'augmentations générales octroyées aux salariées de retour de congé maternité¹⁶⁰⁵. Dans cette hypothèse, des actions de groupe ou individuelles sont possibles. Pensons par exemple à l'action de groupe lancée par la CGT au sein de la Caisse d'épargne d'Ile-de-France, du groupe BPCE où le syndicat soutient que malgré une bonne note à l'Index, un écart salarial important entre les deux sexes demeure, et l'entreprise ne prend pas les mesures nécessaires pour le faire cesser¹⁶⁰⁶. Cette affaire était aussi l'occasion de dévoiler les faiblesses de cet instrument : l'avocate Clara Gandin caractérise l'Index comme un « outil de cache-misère de la discrimination des femmes dans les entreprises », façonné pour « protéger l'employeur » et « rendre invisibles les formes de discriminations envers les femmes en matière d'évolution salariale, professionnelle »¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰² Les motifs de défaillance pris en compte selon l'art. D.1142-11 sont les suivants : 1° La survenance de difficultés économiques de l'entreprise ; 2° Les restructurations ou fusions en cours ; 3° L'existence d'une procédure collective en cours.

¹⁶⁰³ Julien François, « Index de l'égalité professionnelle : le rappel sera vif pour les entreprises qui ne s'engagent pas », *actuEL RH*, 12 avril 2019.

¹⁶⁰⁴ Florence Mehrez, « L'index égalité professionnelle ne devrait modifier qu'à la marge le contentieux égalité femmes hommes », *actuEL RH*, 21 nov. 2019.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

¹⁶⁰⁶ « 4 questions à Me Savine Bernard sur l'action de groupe contre la discrimination des femmes », *Liaisons sociales quotidien*, n°17831, 7 juin 2019, « La CGT lance une action de groupe contre les inégalités F/H à la Caisse d'Épargne », *actuEL CE*, 5 juin 2019.Vr. ch.8.

¹⁶⁰⁷ Sabine Izard, « La Caisse d'Épargne accusée de discrimination envers les femmes », *SSL*, 11 juin 2019, n°1865.

Les partenaires sociaux ont aussi un rôle à jouer : pour l'avocate Nelly Morice, il y a une opportunité à saisir de la part des organisations syndicales qui pourraient intervenir pour demander des détails sur le calcul de l'Index et veiller de cette façon, même indirectement, à la mise en place de l'égalité professionnelle dans l'entreprise¹⁶⁰⁸.

346. La Cour d'appel a déjà pris position par rapport aux obligations de l'employeur en matière d'indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle dans un arrêt du 23 mai 2019¹⁶⁰⁹ : dans le cadre de la négociation obligatoire en matière d'égalité professionnelle de la société Ericsson, les syndicats ont saisi le TGI d'Évry en référé, considérant que les informations transmises relatives à la situation comparée des femmes et des hommes étaient insuffisantes et revendiquant la communication de la totalité des indicateurs de la BDES relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Ces demandes ont été déclarées irrecevables par les juges en première instance mais la Cour d'appel a donné gain de cause aux syndicats en consacrant en premier lieu la compétence du juge des référés en cas d'information insuffisante et en ordonnant à l'entreprise de communiquer dans un délai d'un mois, et sous astreinte de 150 euros par jour de retard, la totalité des indicateurs de la BDES ainsi que les indicateurs catégoriels en référence au modèle interne de carrières et compétences CCM du groupe Ericsson (échelons et métiers, job stage et job rôle)¹⁶¹⁰. Les juges ont toutefois refusé d'imposer à l'employeur la transmission de données ne figurant pas dans la BDES. Nous pouvons déduire de cet arrêt que l'employeur ne peut effectuer un choix des indicateurs en matière d'égalité professionnelle, tous les indicateurs prévus par la loi devant être communiqués aux partenaires

¹⁶⁰⁸ Florence Mehrez, « L'index égalité professionnelle ne devrait modifier qu'à la marge le contentieux égalité femmes hommes », *op.cit.*

¹⁶⁰⁹ Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 2, 23 mai 2019, n° 18/24253. Voir aussi : Anne-Lise Castell, « Négociation sur l'égalité professionnelle : agir en justice en cas d'information incomplète », *Actu. Représentation du personnel*, Éd. Tissot, 25 juillet 2019, « Négociation sur l'égalité professionnelle : le juge se montre exigeant sur la qualité de l'information donnée aux syndicats », *actuEL RH*, 6 juin 2019, « Égalité professionnelle : le juge peut être saisi en référé en cours de négociation », *SSL*, n°1865, 6 juin 2019 et « Négociation sur l'égalité professionnelle : l'importance d'informer les syndicats », *Liaisons sociales quotidien*, 5 juin 2019.

¹⁶¹⁰ Parmi ces indicateurs catégoriels, on retrouve : la rémunération moyenne ou médiane effective par métier et échelon du modèle interne (catégorie et niveau ou coefficient hiérarchique), durée moyenne entre deux promotions selon les métiers et échelons du modèle interne ; l'ancienneté moyenne et âge moyen par métier et échelon, en séparant les ingénieurs et cadres ; la rémunération moyenne ou médiane effective par métier et échelon du modèle interne (catégorie et niveau ou coefficient hiérarchique) et en ramenant les différentes durées de travail (35/37 heures par semaine, 208/218 jours par an) à une durée unique pour permettre des comparaisons ; plans d'action 2016 et 2017 tels que communiqués en début d'année et non pas a posteriori ; bilan des actions de l'année écoulée et évaluation du niveau d'atteinte des indicateurs telle que communiquée en fin d'année et non pas a posteriori ; données permettant d'analyser l'évolution sur trois ans de la situation comparée des femmes et des hommes dans l'entreprise. « Négociation sur l'égalité professionnelle : le juge se montre exigeant sur la qualité de l'information donnée aux syndicats », *actuEL RH*, 6 juin 2019.

sociaux. Ajoutons que la saisine du juge des référés par ces derniers est possible afin de contraindre l'employeur à communiquer l'ensemble des données manquantes.

Les partenaires sociaux patronaux, à l'origine, étaient sceptiques face à ce projet risquant d'ajouter des contraintes supplémentaires pour les entreprises. Néanmoins, ils ont par la suite soutenu la mise en place de l'Index, désormais considéré comme un outil de progression en matière d'égalité professionnelle, mais aussi comme « un indicateur pour la marque employeur » et très positif pour l'image de l'entreprise¹⁶¹¹. L'Index est déjà sérieusement pris en compte par les partenaires sociaux dans le diagnostic pour les accords collectifs en matière d'égalité professionnelle¹⁶¹².

347. Nous pouvons nous interroger sur la possibilité d'élargir le cadre de l'Index égalité pour inclure d'autres aspects de la diversité, notamment les aspects dont le recueil des éléments chiffrés est permis par la loi. Ainsi, les objectifs mis en place en matière de diversité pourraient se concrétiser à travers la création d'autres types d'Index. En effet, l'Association Nationale des DRH (ANDRH) revendique déjà l'introduction d'un Index Seniors à l'image de l'index Égalité, afin de favoriser le maintien dans l'emploi des quinquas et sexagénaires¹⁶¹³. La création d'un autre Index ne doit pas nécessairement se traduire par une mise en place d'objectifs et contraintes identiques à ceux posés dans le cadre de l'égalité professionnelle, mais par la mise en place d'un système légal de points qui pourrait servir à mieux évaluer les différents aspects de la diversité ainsi que les progrès effectués par les entreprises en matière de diversité. En outre, le cadre juridique actuel pourrait permettre la mise en place d'un Index sur la perception des discriminations, à l'image des propositions du Conseil national de l'information statistique (CNIS) : selon le CNIS, des indicateurs réguliers rendant compte de l'évolution des perceptions sur la discrimination en général et celle subie spécifiquement par les personnes en fonction de

¹⁶¹¹ Florence Mehrez, « L'index égalité professionnelle est aussi un indicateur pour la marque employeur », *actuEL RH*, 24 oct. 2019.

¹⁶¹² « Le diagnostic préalable à la négociation a pu être mené sur la base des indicateurs figurant dans les rapports de la situation comparée des femmes et des hommes présentés dans la Base de Données Économique et Sociale. Ce diagnostic a été affiné suite aux résultats obtenus lors du calcul de l'indicateur égalité Homme/Femme, pour lequel la Société a obtenu un score de 42 points sur 100. La Société entend se baser sur les problématiques révélées par le calcul de cet indicateur afin de mener une politique visant à atteindre le score minimal de 75 points d'ici 3 ans. » Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail de Zebra Technologies France du 26 février 2020.

Autres exemples : Dans l'accord d'entreprise sur la Diversité et l'Inclusion de BNP Paribas Cardif du 16 mars 2020 les négociateurs précisent qu'au moment de la signature de l'accord l'Index est de 98/100 et que le suivi annuel de l'Index fera partie des nouvelles mesures adoptées.

¹⁶¹³ Anne Bariet, Justine Gruet-Zougar, « L'ANDRH milite pour la création d'un "Index seniors" », *actuEL RH*, 11 sept. 2019.

différents critères peuvent être mis en place¹⁶¹⁴. Bien que cette approche ne fournisse pas nécessairement d'éléments chiffrés concrets comme ceux fournis par l'Index égalité, elle peut produire des données permettant de bénéficier d'une image plus complète, notamment en ce qui concerne les aspects plus sensibles de la diversité. Ce système ne pourrait être mis en place que via un dialogue social avec tous les acteurs concernés et notamment avec la collaboration des partenaires sociaux au niveau national et, par la suite, au niveau de la branche et de chaque entreprise afin d'assurer l'adaptation d'un tel système aux besoins de chaque secteur d'activité, entreprise et établissement.

Quant à la création d'un Index Diversité, celui-ci était, jusqu'à récemment, difficilement imaginable en raison de la fluidité et de la complexité de la notion française de diversité ainsi que du grand nombre d'aspects incorporés au sein de cette notion. Cependant, Madame Elisabeth Moreno, Ministre déléguée en charge de l'Égalité entre les femmes et les hommes, de la Diversité et de l'Égalité des chances, a exprimé son souhait de mettre en place un tel outil en janvier 2021 et a finalement officiellement lancé l'Index Diversité le 17 novembre 2021. Ce dispositif qui démarre à titre expérimental et sur la base du volontariat est un « outil de mesure qui permettra d'établir une photographie de la diversité d'une organisation, publique ou privée, afin d'y apporter des solutions »¹⁶¹⁵. Pour le moment, l'objectif n'est pas d'ajouter des contraintes supplémentaires en la matière, il faudra toutefois attendre et voir comment cet index va être accueilli par les entreprises. L'Index Diversité semble ainsi apporter quelques réponses sur la possibilité de mesurer la diversité et ses aspects sensibles. Il faudra également attendre pour avoir des réponses concrètes sur le contenu de cet outil et sur sa capacité d'évaluer effectivement la diversité au sein d'une entreprise. Nous nous interrogeons enfin sur les indicateurs retenus et sur les potentielles actions correctrices lorsque le score souhaité n'est pas atteint.

¹⁶¹⁴ CNIS, « La mesure des discriminations dans l'emploi. Éléments de synthèse suite à la Rencontre du 22 juin 2017 », *CNIS-Chroniques* n°14, février 2018.

¹⁶¹⁵ Le Parisien avec AFP, « Le gouvernement crée un Index de la diversité pour les entreprises », 26 janvier 2021, <https://www.leparisien.fr/economie/business/le-gouvernement-cree-un-index-de-la-diversite-pour-les-entreprises-26-01-2021-8421395.php>, Charte de la diversité, « Index Diversité : les enjeux de la mesure », 25 février 2021.

B) « Mesurer pour progresser » ou « mesurer pour banaliser » : la recherche d'une proposition rapprochant les opinions opposées

348. Cette analyse des différents indicateurs traitant différents aspects de la diversité nous a conduit à nous interroger sur la possibilité de la consécration d'une telle démarche pour mesurer les efforts de l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité. Bien que ce questionnement semble dépasser les frontières du domaine juridique, le droit ne peut rester indifférent à ces démarches : comme le signale la Professeure Véronique Champeil-Desplats, l'absence de références juridiques à des groupes dont la marginalité sociale est corrélée à une spécificité linguistique, ethnique ou religieuse rend encore plus compliquée l'appréhension juridique des marges sociales¹⁶¹⁶. Pour elle, la diversité fait partie des inventions créées dans le but d'éviter les termes sensibles, et l'absentéisme juridique rend plus difficile la détection, la mesure et, par conséquent, l'affrontement de ces marges sociales¹⁶¹⁷. Afin de mesurer la diversité, il faut pouvoir cibler les aspects de la diversité et les catégories de personnes qui pourraient être concernés par ces aspects. Toutefois, il faut aussi être conscient des difficultés qui demeurent : « même ciblées et donc supposées bénéficier d'un certain taux de congruence avec des faits empiriques, ces catégories n'en demeurent pas moins des artefacts juridiques. Par conséquent, leur degré de correspondance avec la finesse et la complexité des réalités sociales peut toujours être discuté, l'intégration de certaines d'entre elles dans le vocabulaire juridique résultant parfois davantage d'une facilité de langage ou d'un effet de communication politique à court terme que de réflexions savamment pesées »¹⁶¹⁸. La recherche des indicateurs va plus loin qu'une démarche de statisticien : elle détermine aussi les objectifs que nous posons en utilisant le terme « diversité » et peut faire toute la différence entre « mesurer pour progresser » ou « mesurer pour banaliser » des aspects sensibles de la diversité. En ce qui concerne les thématiques rattachées à la diversité, nous avons déjà établi que, pour le moment, aucune obligation légale n'existe. Cependant, nous avons aussi constaté que les outils pour progresser existent : les objectifs abstraits ou chiffrés mis en place par les accords collectifs en matière de diversité en combinaison avec la volonté d'obtenir ou maintenir le Label Diversité conduisent les entreprises à mettre en place des indicateurs pour mesurer certains aspects de la diversité.

¹⁶¹⁶ Véronique Champeil-Desplats, « Nommer, mesurer, intégrer les marges sociales en droit français », *La Revue des droits de l'homme*, 14 | 2018, 14 juin 2018.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*

¹⁶¹⁸ Sur la question de l'évolution de la terminologie juridique de termes contestés, la catégorie « gens du voyage » est par exemple devenue « gens sans domicile stable ». Pensons encore au déplacement du concept de « sexe » vers celui de « genre », V. Véronique Champeil-Desplats, *op.cit.*

349. Sans faire l'éloge du système américain, qui, malgré l'utilisation étendue des données ethno-raciales n'est pas parvenu à éliminer les inégalités, le Professeur américain David B. Oppenheimer démontre que les éléments chiffrés peuvent être recueillis en conformité avec la loi de 1978 et propose d'incorporer au système français certains éléments de la doctrine américaine pour permettre une détection plus efficace des discriminations. Une première idée consiste à examiner si certains critères peuvent se substituer aux critères de la race et de l'ethnie. Un exemple est le critère de la résidence. On pourrait constater l'existence de quartiers occupés majoritairement par des populations minoritaires qui présentent un taux de chômage ou de pauvreté élevé, et ainsi déduire l'existence de discriminations raciales et ethniques¹⁶¹⁹. Un autre critère est celui des prénoms et patronymes, méthode qui est déjà mise en place pour analyser les décisions judiciaires, les dynamiques électorales, ainsi que les pratiques discriminatoires au sein des entreprises¹⁶²⁰. Le pays de naissance (naissance en France ou à l'étranger) est également déjà utilisé comme indicateur par l'INSEE¹⁶²¹.

Patrick Simon, chercheur à l'INED, propose de « réintroduire l'ethnicité comme l'un des critères d'identification et de mobilisation collective », en laissant ouverte, dans les questionnaires, la question des « origines »¹⁶²². L'enquêté a le choix de s'autodéterminer en fonction de ses propres considérations sur son appartenance. En 2008, les Cahiers du Conseil constitutionnel ont fait référence à la méthode de l'auto-déclaration des appartenances, nommée « le ressenti d'appartenance » : cet instrument n'est pas exclu par le Conseil, à condition qu'il ne se transforme pas en « référentiel ethno-racial »¹⁶²³. Cette proposition n'est pas sans susciter les critiques ; Alain Blum signale le fait que les discriminations ethniques émanent des perceptions des autres par rapport à soi, et non pas de l'autodétermination, alors l'efficacité de l'utilisation d'un instrument de « ressenti » ou d'« autodétermination » pour révéler les discriminations est redoutée¹⁶²⁴. La CARSED critique également l'ambiguïté et l'imprécision

¹⁶¹⁹ David B. Oppenheimer, *op.cit.*, p. 97.

¹⁶²⁰ Olivier Masclat, *op.cit.*, pp. 41-42.

¹⁶²¹ Citons par exemple la recherche de l'INSEE sur les victimes du Covid-19, laquelle a révélé une hausse des décès deux fois plus forte pour les personnes nées à l'étranger que pour celles nées en France en mars-avril 2020. L'enquête met particulièrement l'accent sur les personnes provenant du Maghreb, des autres pays d'Afrique et de l'Asie, pour lesquelles la hausse du nombre de décès a été la plus forte.

Sylvain Papon, Isabelle Robert-Bobée, « Une hausse des décès deux fois plus forte pour les personnes nées à l'étranger que pour celles nées en France en mars-avril 2020 », *INSEE Focus*, N°198, paru le 7 juin 2020, <https://www.inin.fr/fr/statistiques/4627049>.

¹⁶²² Olivier Masclat, *op.cit.*, pp. 43-44.

¹⁶²³ *Ibid.*, p. 44.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, p. 45.

de la terminologie « ressenti d'appartenance » ; selon la CARSED, « l'énoncé d'une « appartenance » comme une avancée scientifique frise l'escroquerie »¹⁶²⁵, lorsqu'il n'est pas suivi des champs d'appartenance établis et de l'encadrement de ce « sentiment » d'appartenance. De plus, le risque de la création d'un référentiel ethno-racial demeure élevé. Pour l'historien Pap Ndiaye, la question ethno-raciale constitue une variable parmi toutes les autres variables qu'il faut prendre en considération lors de l'examen de préjugés et de discriminations¹⁶²⁶. Cette question ne peut être étudiée isolément, mais en combinaison avec les autres critères discriminatoires et notamment ceux du genre et de la classe sociale. La question sociale et la question de l'ethnie sont intrinsèquement liées. Pour Pap Ndiaye, ces questions se combinent et doivent être étudiées ensemble afin de produire de vrais résultats sur l'existence et l'étendue des discriminations qui touchent certains groupes de façon systémique.

350. Une autre proposition d'inspiration américaine est le recueil des données de façon anonyme, concernant notamment le lieu du travail. Les employeurs américains ont la possibilité de recueillir les données ethno-raciales des candidats à un poste afin de les comparer avec les données des personnes recrutées¹⁶²⁷. Cette démarche est effectuée à travers un formulaire qui demeure anonyme et distinct de la candidature et ne sera pas maintenu dans le dossier du candidat ou, s'il est recruté, du salarié. L'anonymat pourrait constituer une réponse au dilemme français puisque, à travers cette méthode, l'utilisation des données à des fins discriminatoires peut être évitée.

Dans le même esprit, C. Bébéar propose un recensement ethnique de l'effectif dans chaque entreprise sur la base du volontariat et de l'anonymat des salariés¹⁶²⁸. Cette proposition est également soutenue par le Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD). Pour le COMEDD, il faut rechercher un équilibre entre la négation de l'existence des origines différentes et la banalisation de la race¹⁶²⁹. Il propose un dispositif d'observation des discriminations dans les entreprises d'au moins 250 salariés, construit à l'image du modèle du rapport de situation comparée mis en place en matière

¹⁶²⁵ Commission alternative de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations, *Le Retour de La Race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2009, pp. 15-16.

¹⁶²⁶ Olivier Masclat, *op.cit.*, p. 46

¹⁶²⁷ David B. Oppenheimer, *op.cit.*, pp. 97-98.

¹⁶²⁸ Hélène Garner-Moyer, « Gestion de la diversité et enjeux de GRH », *Management & Avenir*, 2006/1 (n°7), pp. 23-42, p. 30.

¹⁶²⁹ Olivier Masclat, *op.cit.*, p. 56.

d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes¹⁶³⁰. Le raisonnement est simple : afin de négocier sur une thématique et proposer des pistes d'amélioration, il faut connaître la situation de l'entreprise concernant cette thématique. Suivant ce raisonnement, afin de négocier efficacement sur la diversité, il semblerait utile, voire indispensable, de connaître la situation de l'entreprises quant aux facteurs de diversité en cause. Les questions concernant l'aspect RH (recrutement, rémunération, promotions) seraient remplies par l'employeur. Les questions relatives à l'origine porteraient sur le pays de naissance des employés et de leurs parents et seraient remplies en total anonymat par ceux-ci. Les éléments recueillis seraient par la suite inscrits au bilan social des entreprises et discutés avec les partenaires sociaux.

351. Il faut également se mettre d'accord sur les indicateurs utilisés et leur signification : une difficulté supplémentaire doit être prise en compte dans le cadre des entreprises transnationales ou encore dans le cas où nous souhaiterions comparer la situation de différentes entreprises : pour avoir une vision claire, il faut pouvoir homogénéiser les mesures de diversité sur la base d'indicateurs communs, ce qui demeure très compliqué puisque les indicateurs employés et autorisés diffèrent en fonction des pays¹⁶³¹.

Il convient également de déterminer la nature même de l'indicateur et la façon avec laquelle celui-ci sera utilisé et interprété : l'indicateur demande à être interprété, il n'est jamais neutre¹⁶³² et c'est à ce niveau également où l'intervention des partenaires sociaux nous paraît indispensable : par exemple, à partir de quel seuil considère-t-on que le comité de direction de l'entreprise est suffisamment diversifié ? Quel seuil indiquerait que le processus de promotion ou l'accès à des formations de l'entreprise est non-discriminatoire ? La réponse à ces questions ne peut être identique pour toutes les branches, entreprises ou encore établissements, d'où ressort l'importance du dialogue social pour la mise en place d'un système d'indicateurs pertinent aux besoins de chaque organisation. Cela n'est pas impossible, même pour certains

¹⁶³⁰ Le rapport de situation comparée permet une analyse de la situation comparée des femmes et des hommes en matière d'emploi, ainsi qu'un diagnostic des inégalités et des discriminations dans l'entreprise ; ce rapport constitue également un fondement pour l'engagement de la négociation collective en matière d'égalité professionnelle. Jacqueline Laufer, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, Paris, La Découverte, « Repères », 2014, pp. 88-89.

Pour cette raison, dans le cadre de la négociation obligatoire, l'ancien article L. 2242-2 (version en vigueur du 6 août 2014 au 1er janvier 2016) prévoyait que l'employeur est tenu de fournir aux délégués syndicaux les informations qui permettent une analyse de la situation comparée entre les femmes et les hommes concernant les emplois et les qualifications, les salaires payés, les horaires effectués et l'organisation du temps de travail. Le rapport de situation comparée a été remplacé par la Base de données économiques et sociales (BDES), créée par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁶³¹ Hédia Zannad, Pete Stone, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *Management & Avenir*, 2010/8 (n°38), p. 173.

¹⁶³² *Ibid.*, p. 167.

aspects considérés plus sensibles. Les propositions décrites dans ce chapitre, s'appuyant sur l'anonymat et/ou le volontariat des employés, sont particulièrement intéressantes ; elles demeurent conformes à la loi du 6 janvier 1978, tout en permettant aux entreprises d'opérer un diagnostic et cibler des objectifs concrets dans le cadre de la gestion de la diversité. Nous pouvons également observer que même les opposants aux statistiques ethniques ne sont pas contre ces méthodes, à condition que les limites légales ne soient pas dépassées et qu'il n'existe pas de risque de stigmatisation des personnes visées¹⁶³³.

352. Les négociateurs des accords collectifs semblent toujours être à la recherche d'un équilibre en ce qui concerne l'emploi des indicateurs. Dans la majorité d'accords, on retrouve des indicateurs très détaillés en ce qui concerne l'égalité professionnelle, et (selon l'accord) l'âge ou le handicap, mais la quantification des disparités en ce qui concerne les autres aspects de la diversité demeure évasive.

Enfin, Monsieur Jacques Toubon, ancien Défenseur des droits, a exprimé son opinion sur les statistiques ethniques ainsi que les pistes disponibles pour améliorer le diagnostic en matière de diversité¹⁶³⁴: pour lui, la mise en place des statistiques ethniques n'est pas une nécessité, dans la mesure où il existerait bien d'autres critères et méthodes d'évaluation qui permettent au diagnostic interne de progresser (notamment sur les discriminations fondées sur l'origine). Il retient notamment la possibilité de réaliser des enquêtes anonymisées auprès des salariés et des agents, d'étudier les fichiers Ressources Humaines, de faire procéder à des études extérieures à partir des données de l'entreprise, sans besoin de statistiques ethniques. On identifie comme indicateurs acceptés et partagés en vue du diagnostic quantitatif le patronyme, la nationalité, le lieu de naissance, des repères déjà très utilisés par les employeurs, les chercheurs et les spécialistes en ressources humaines. Pour Monsieur Toubon, il faut intensifier ce travail et introduire ces données dans le futur Label Diversité. Une autre voie pour parvenir à « mesurer la diversité » est de documenter plus largement les contentieux pour discrimination qui ont eu lieu au sein de l'entreprise ou de l'organisme public et de réfléchir à une manière de mieux saisir la question des discriminations indirectes. Enfin, il propose d'introduire dans la loi des indicateurs non-financiers de non-discrimination, comme c'est déjà le cas pour les inégalités

¹⁶³³ Thierry Breton-Terra Nova, « La lutte contre les discriminations liées aux origines dans le monde du travail : Faire cesser une injustice sans commettre une autre », Terra Nova, Rapport du 1^{er} octobre 2020, p. 48.

¹⁶³⁴ Jacques Toubon, « 10 ans du Label Diversité », Intervention dans le cadre de la rencontre pour les 10 ans du Label Diversité organisée par la DGEFP, la DGAFP et AFNOR certifications, 21 oct. 2019, <https://www.dailymotion.com/video/x7p2olu>.

entre femmes-hommes. Il remarque toutefois que les indicateurs existants consistent plutôt à mesurer les effets que les causes. Il nous faut par conséquent des indicateurs qui vont plus loin et qui seraient obligatoires pour les entreprises à partir d'une certaine taille. L'objectif est d'élaborer des indicateurs susceptibles de refléter directement la situation d'une entreprise ou d'un organisme en matière de diversité et de discriminations dans une période donnée, des indicateurs permettant d'identifier les actions concrètes entreprises et leurs résultats. Pour Monsieur Toubon, cet effort d'employer des indicateurs pour mieux appréhender une situation existante est le vrai apport que l'on peut tirer du concept de diversité.

353. **Conclusion.** L'utilisation d'éléments chiffrés en matière de diversité, bien que toujours controversée, n'est pas impossible selon le cadre légal français et européen actuel. Le choix des partenaires sociaux de traiter certains aspects de la diversité (l'égalité professionnelle, le handicap et l'âge) plus que d'autres n'est pas uniquement lié à l'existence d'un cadre légal pour ceux-ci mais également au fait que ces aspects, contrairement aux aspects plus sensibles de la diversité, peuvent être objectivés par des éléments chiffrés et ainsi produire des résultats concrets¹⁶³⁵. Les partenaires sociaux devront par conséquent aborder tant les aspects « quantifiables » que les aspects « non-quantifiables ». Leur apport est encore plus précieux s'agissant de ces derniers, puisqu'à travers le dialogue social et notamment la négociation collective, ils peuvent contribuer à ce débat et apporter des éléments susceptibles d'évaluer ces aspects peu traités de la diversité. Il faut cependant toujours se montrer attentif au maintien de l'équilibre entre le recueil de données indispensables pour quantifier les différents aspects de la diversité, l'opération du diagnostic et l'évaluation des effets des démarches entreprises d'un côté, et l'imposition d'un recensement pouvant potentiellement stigmatiser les personnes que l'on vise à protéger, ou encore briser l'égalité républicaine de l'autre.

Il convient également de rappeler que l'utilisation des éléments chiffrés peut constituer un outil indispensable pour le suivi des démarches diversité, mais qu'elle ne constitue pas une panacée qui résoudra les complexités accompagnant l'appréhension juridique contestée du terme. S'agissant d'une thématique très complexe, touchant à de multiples aspects juridiques, économiques et sociologiques, il nous paraît impossible de tirer des résultats financiers et extra-financiers d'une quelconque approche diversité dans l'immédiat : « il faut, bien entendu, garder en tête que les gains associés ne se manifesteront que dans la durée : aucune politique ne peut,

¹⁶³⁵ Marie Peyronnet, *La diversité : étude en droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 4 décembre 2018, p. 29.

comme d'un coup de baguette magique, mettre un terme à des préjugés multiséculaires ni faire disparaître l'intériorisation, par les intéressés eux-mêmes, de l'inégalité des possibles ; il ne faut pas non plus surestimer la capacité de la loi à modeler les normes sociales et culturelles »¹⁶³⁶. Les éléments chiffrés peuvent toutefois jouer un rôle important dans la concrétisation de la notion de diversité au sein de l'entreprise ainsi que dans le suivi des démarches entreprises et la loi peut intervenir, comme c'est le cas pour l'Index égalité, afin de faciliter cette tâche. Il s'agit d'une procédure à long terme qui ne peut produire des résultats satisfaisants que dans une vision macro-temporelle. Toutefois, l'impossibilité d'obtenir un résultat immédiat ne doit pas décourager les partenaires sociaux dans leurs négociations pour la diversité, ni les empêcher d'examiner une éventuelle ouverture vers une concrétisation chiffrée des démarches entreprises en matière de diversité.

¹⁶³⁶ Gilles Bon-Maury, Catherine Bruneau, Clément Dherbecourt [et al.], *Le coût économique des discriminations*, op. cit., Paris, France stratégie, 2017, p. 4.

Titre 2. Le rôle des partenaires sociaux, un rôle de contrôle

354. Dans le cadre de la recherche d'effectivité des instruments employés en matière de diversité, l'intervention du juge est essentielle. Les décisions de justice sont en effet les vecteurs de la mise en place des sanctions, élément primordial en matière d'effectivité juridique. Nous souhaitons examiner les conséquences du non-respect des engagements en matière de diversité et les moyens de résolution des conflits issus de ses instruments (chapitre 7). Lorsque la diversité est présentée en tant que composante de la lutte contre les discriminations, l'intervention des partenaires sociaux est considérable : les représentants des salariés disposent de moyens spécifiques pour alerter et agir en défense des salariés victimes d'inégalités (chapitre 8).

Chapitre 7. Le contrôle sur la mise en œuvre des mesures de la diversité par la voie juridictionnelle

355. La réception et l'interprétation par le juge des instruments en matière de diversité, ainsi que leur emploi par les justiciables dans l'argumentaire judiciaire, contribue considérablement à leur légitimité et à leur évolution normative.

Les décisions de justice acquièrent une position de plus en plus importante, dépassant leur place d'origine à l'échelon inférieur de la pyramide kelsenienne des normes¹⁶³⁷. Cet accroissement du pouvoir des juges ressort de leur pouvoir interprétatif et se manifeste par leur contribution « à la recomposition constante de la hiérarchie des normes », qu'il s'agisse du rappel de la suprématie de certaines normes supranationales sur le droit interne ou de l'emploi pour l'interprétation d'une norme des normes lui étant subordonnées¹⁶³⁸. Ainsi, un simple pouvoir interprétatif peut se transformer en pouvoir constructif et créateur¹⁶³⁹. En droit pénal, par exemple, le besoin d'individualisation de la peine a conduit le législateur français à déléguer au juge un véritable espace créatif qui le rend presque « coauteur de la peine »¹⁶⁴⁰.

Bien que le rôle du juge face à l'interprétation d'un texte législatif soit clair, son rôle quant au contrôle d'une norme de droit souple est plus compliqué. La réaction du juge sera différente selon que l'on aborde la diversité par le biais d'un accord collectif et des dispositions légales antidiscriminatoires ou par le biais d'un instrument de droit souple. Les conséquences diffèrent également. Pour cette raison, il serait pertinent d'examiner en un premier lieu les conséquences du manquement aux engagements issus d'un instrument contraignant (Section 1) et, en second lieu, celles issues d'un instrument de soft law (section 2). Dans ce chapitre, nous mettons l'accent sur les recours individuels, les recours collectifs faisant l'objet de notre dernier chapitre.

¹⁶³⁷ François Ost, Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 97.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 99.

¹⁶³⁹ Isabelle Hachez, « De la pyramide au réseau et vice versa ? », In *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : théories des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 78.

¹⁶⁴⁰ Yves Cartuyvels, « Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif », In *Les sources du droit revisitées, Volume 2 : normes internes infraconstitutionnelles*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 63-64.

Section 1. Les conséquences du manquement aux engagements légaux et conventionnels

356. Le recours au juge en matière de diversité s'effectue sous deux fondements : sous le fondement de la correction d'un manquement ou du non-respect de l'accord collectif et sous le prisme du droit antidiscriminatoire (Paragraphe 1). Le juge prud'homal et le juge pénal peuvent intervenir pour rectifier ce manquement et réparer le préjudice subi par le salarié. L'appui des dispositions en matière de diversité aux dispositions légales antidiscriminatoires permet le renforcement de leur association, la diversité étant de plus en plus reconnue en tant que politique de lutte contre les discriminations, ce qui ouvre des voies nouvelles pour revendiquer l'application des normes légales et conventionnelles. Quant au droit conventionnel, le législateur a prévu des dispositions spécifiques assurant l'application impérative des règles conventionnelles à ceux qui en sont les sujets, à savoir les employeurs et les salariés, « par le biais de plusieurs mécanismes qui ôtent aux personnes assujetties le pouvoir de s'en défaire par l'effet de leurs volontés individuelles »¹⁶⁴¹.

De façon paradoxale, considérant la montée en puissance de la voie juridictionnelle, nous repérons parallèlement une diversification et une multiplication des différents modes de résolution des conflits¹⁶⁴². À côté du pouvoir du juge judiciaire, il s'agit aussi d'examiner les modes alternatifs de règlement des litiges qui, bien que présents dans les conflits du travail, sont encore peu utilisés¹⁶⁴³, même s'ils acquièrent une place de plus en plus importante en matière de lutte contre les discriminations et, par ricochet, de diversité (Paragraphe 2). Il existe plusieurs types de modes alternatifs de règlements des litiges (la conciliation, la médiation, la transaction, l'arbitrage). « Il faut comprendre qu'insidieusement nous sommes passés de l'ère où le Conseil de prud'hommes avait l'exclusivité des règlements des conflits en droit du travail à l'ère où de très nombreux conflits ne passeront plus devant les juges. »¹⁶⁴⁴ Nous pouvons opérer une distinction entre les modes alternatifs judiciaires et les modes alternatifs conventionnels et extra-judiciaires. La conciliation judiciaire se réfère à la première audience de la procédure prud'homale, l'audience de conciliation devant le bureau de conciliation et d'orientation, qui va établir si une solution amiable est possible pour résoudre le litige¹⁶⁴⁵. Il

¹⁶⁴¹ Sophie Nadal, « Conventions Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions », In *Rép. trav.*, janvier 2015 (actualisation avril 2020), §44.

¹⁶⁴² François Ost, Michel van de Kerchove, *op.cit.*, pp. 105-106.

¹⁶⁴³ Alain Lacabarats, « Le juge du travail et les modes alternatifs de règlement des litiges », *Dr. soc.* 2017, p. 41.

¹⁶⁴⁴ Maude Beckers, « Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale », *Dr.ouvr.*, mars 2016, n°812, p. 129.

¹⁶⁴⁵ Art. L. 1454-1 C.tr. et s. et sur les fonctions du bureau de conciliation et d'orientation au sein du Conseil de Prud'hommes, art. R.1454-10 et s. du C. tr.

s'agit d'une audience qui, en réalité, réussit rarement à concilier les parties, le taux de conciliation judiciaire devant le Conseil de Prud'hommes étant estimé entre 10% et 20%¹⁶⁴⁶. Nous allons davantage nous intéresser aux modes alternatifs extra-judiciaires, pas seulement en raison du faible taux de réussite de la conciliation judiciaire mais également en raison de l'intérêt particulier que certains acteurs de la conciliations extra-judiciaire portent à la diversité au travail : en effet, une instance de médiation, le Défenseur des droits, se trouve à l'épicentre de la lutte contre les discriminations et ses décisions sont revêtues d'une autorité particulière. Quant à la CNIL, elle intervient également pour cadrer certaines actions en matière de diversité.

Paragraphe 1. La correction d'un manquement ou du non-respect de l'accord collectif diversité devant le juge

357. En droit français, l'adoption d'une convention ou d'un accord collectif produit des effets juridiques concrets commençant par l'application obligatoire de la convention pour tous les signataires et membres des organisations ou groupements signataires¹⁶⁴⁷. L'accord collectif constitue « l'exemple parfait d'une source para-légale extra-étatique qui a réussi à s'imposer dans le droit étatique par la seule voie législative »¹⁶⁴⁸. Comme toute convention, elle doit être négociée, formée et exécutée de bonne foi¹⁶⁴⁹ et, conformément à l'article L.2262-4 du Code du travail, les parties qui sont liées par la convention sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale. En outre, lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables¹⁶⁵⁰. L'inexécution de la convention peut, par conséquent, donner lieu à des contentieux visant à obtenir son exécution. Le juge sera appelé à effectuer un travail d'interprétation afin de rectifier des imprécisions aux termes de l'acte se trouvant à la source du contentieux et assurer l'exécution de la convention¹⁶⁵¹. Selon les cas, la difficulté d'interprétation émane d'un litige individuel ou d'un litige collectif. Dans ce chapitre, nous nous intéressons notamment à l'action individuelle, les salariés pouvant recourir au

¹⁶⁴⁶ Elsa Peskine, Cyril Wolmark, *Droit du travail 2021*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 781.

¹⁶⁴⁷ Art. L.2262-1 C.tr.

¹⁶⁴⁸ Hugues Dumont, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 661.

¹⁶⁴⁹ Art. 1104 C. civ.

¹⁶⁵⁰ Art. L.2254-1 C.tr.

¹⁶⁵¹ Paul-Henri Antonmattei, *Les conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Dalloz, 1996, p. 56.

pouvoir judiciaire lorsqu'ils considèrent que les engagements de l'accord ne sont pas respectés (A).

D'un autre côté, le non-respect des engagements en matière de diversité est très souvent lié à des agissements discriminatoires. La diversité étant intrinsèquement liée à la lutte contre les discriminations, il nous semble plus probable que le salarié victime d'une différence de traitement discriminatoire agisse plutôt sur le fondement des actions en justice pour discrimination que sur le non-respect des engagements pris dans le cadre d'un accord diversité (B). L'appui sur les dispositions légales et la possibilité de saisine du juge prud'homal ou pénal semble alors rapprocher davantage le concept de diversité du droit antidiscriminatoire.

A) L'intervention du juge en cas de manquements conventionnels

358. **Le juge et l'applicabilité de l'accord collectif.** Selon M. Pascal Lokiec¹⁶⁵², le contrôle de l'accord collectif par le juge se fait à deux niveaux : au niveau externe, qui consiste à vérifier si le contenu de l'accord est conforme aux référents extérieurs tels que la loi ou les droits fondamentaux, et au niveau interne, qui consiste à s'assurer de la légitimité des parties participantes et de la qualité de la négociation¹⁶⁵³. À partir du moment où un employeur s'engage et signe un accord collectif de travail, les clauses de celui-ci s'appliquent à l'ensemble des salariés de l'entreprise, sauf disposition plus favorable. La non-appartenance à une organisation syndicale signataire est sans conséquence pour l'applicabilité de l'accord.

La question se complique en présence d'un accord collectif à dimension européenne ou internationale qui lance le débat sur la loi applicable à cet accord ou encore le juge compétent en cas de litige. Pour les accords collectifs européens, une solution est la technique de la transposition qui en reprend les termes, dans chacun des États dans lesquels l'accord a vocation à s'appliquer, correspondant à chaque fois à une catégorie juridique spécifique et identifiée qui est source d'effets obligatoires pour l'ensemble des parties concernées¹⁶⁵⁴ : cette solution a été retenue pour les accords conclus avec le CEE et/ou les organisations syndicales européennes. Dans le cadre de ces accords, il est demandé aux partenaires sociaux de « transposer » l'accord

¹⁶⁵² Pascal Lokiec, « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », *Dr.soc.*, 2017, p. 5.

¹⁶⁵³ *Ibid.* Sur ce point, il donne l'exemple d'une négociation qui a lieu dans un cadre de chômage massif, l'employeur étant détenteur d'un pouvoir exacerbé rendant les rapports de force et la négociation particulièrement déséquilibrés.

¹⁶⁵⁴ Bernard Teyssié, « Les accords collectifs européens d'entreprise ou de groupe », *JCP S*, n°13, 2 avril 2019, 1096.

et rendre ses dispositions contraignantes au niveau « local », ce qui se matérialise souvent par la négociation et l'adoption d'un accord, conformément au droit de chaque État membre. La même voie se retrouve au sein des accords transnationaux qui, le plus souvent, ne prévoient pas une application directe et nécessitent par conséquent l'intervention des partenaires sociaux au niveau local afin de rendre effectifs les engagements pris au niveau transnational¹⁶⁵⁵.

Avant même de sanctionner le non-respect de l'accord-collectif, le juge peut intervenir lorsque des événements mettent en cause l'existence ou l'applicabilité de l'accord lui-même. En effet, la question se pose notamment en ce qui concerne les hypothèses de révision ou de dénonciation, événements conduisant les dispositions de l'accord auparavant en vigueur à l'extinction. Le juge intervient dans ce cas pour éviter le phénomène du « *vacuum conventionnel* » et pour en assurer la continuité¹⁶⁵⁶. La question se pose davantage à la suite de la réforme du 8 août 2016, par laquelle le législateur a décidé de promouvoir les accords à durée déterminée en vue de dynamiser la négociation collective¹⁶⁵⁷, la fin d'un accord à durée déterminée impliquant la tenue de nouvelles négociations et l'adoption d'un nouvel accord.

359. Inexécution de l'accord collectif : action individuelle et compétence prud'homale. Chaque salarié est en droit d'agir individuellement contre celui des signataires de l'accord qui ne respecte pas ses engagements, pour faire appliquer les droits qu'il tient d'un accord collectif¹⁶⁵⁸ en saisissant le Conseil de prud'hommes. L'action est considérée comme individuelle à partir du moment où le salarié agit à son seul profit, même si le problème soulevé peut potentiellement concerner d'autres salariés¹⁶⁵⁹ ou si plusieurs salariés agissent individuellement en ayant le même objectif¹⁶⁶⁰. Le non-respect par l'employeur d'un accord collectif peut engendrer des sanctions : par exemple, l'inexécution d'un accord ayant pour objet le maintien de l'emploi en contrepartie d'une réduction de rémunération pour les salariés peut

¹⁶⁵⁵ Mathilde Frapard, *La protection négociée des droits fondamentaux des travailleurs. Contribution à l'étude des accords d'entreprise transnationaux*, Thèse, Université de Strasbourg, p. 313.

¹⁶⁵⁶ Ainsi, le juge peut préserver un accord lorsqu'il considère que sa disparition est liée à des événements extérieurs à la volonté des signataires, tels qu'un changement de législation, ou encore lorsqu'une partie perd sa représentativité. Sophie Nadal, « Le juge et le sort de l'accord collectif : permanence d'une question, renouvellement des enjeux », *Dr.soc.*, 2017, p. 123.

¹⁶⁵⁷ Vt art. L.2222-4 C.tr. : « La convention ou l'accord est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. A défaut de stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée, celle-ci est fixée à cinq ans. »

¹⁶⁵⁸ L.2262-12 C.tr. : « Les personnes liées par une convention ou un accord peuvent intenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres personnes ou les organisations ou groupements, liés par la convention ou l'accord, qui violeraient à leur égard ces engagements. »

¹⁶⁵⁹ Cass. soc. 20 oct. 1988, n°85-45.164, *Bull. civ. V*, n°548.

¹⁶⁶⁰ Cass. soc. 24 avr. 1975, n°74-40.509, *Bull. civ. V*, n°209.

donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts au profit de ces derniers¹⁶⁶¹. La compétence de la juridiction prud'homale ne se limite pas à l'inexécution d'un accord collectif mais comprend également l'interprétation d'un accord collectif lorsque celle-ci est nécessaire à la solution d'un litige dont elle est saisie¹⁶⁶². La chambre sociale a précisé comment cette interprétation doit se dérouler, en assimilant l'interprétation d'une convention collective à celle d'une loi : « Une convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte. »¹⁶⁶³ En effet, pour faciliter cette interprétation, la loi du 8 août 2016, par le biais de la création de l'article L.2222-3-3 du Code du travail, a invité les partenaires sociaux à inclure dans les accords un préambule qui présente de manière succincte ses objectifs et son contenu. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation entraînant la nullité de l'accord, remarquons que les partenaires sociaux intègrent toujours un préambule au sein de leurs accords diversité afin de révéler leurs intentions, définir le terme « diversité » et les objectifs de l'accord, en expliquant notamment leurs démarches en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de diversité.

Concernant l'exercice du droit syndical et la lutte contre la discrimination syndicale, l'article L2141-5 al.2 du Code du travail prévoit qu'« un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives, en veillant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes. Cet accord prend en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle ». Cet article est d'ordre public et, conformément à l'article L.2141-8 du Code du travail, toute mesure prise par l'employeur qui méconnaîtrait ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à dommages-intérêts. La conciliation entre la vie personnelle, la vie professionnelle et l'égalité entre les hommes et les femmes sont des thématiques récurrentes au sein des accords diversité traitant l'aspect de la diversité syndicale. Dans cette optique, on pourrait imaginer une action pour dommages-intérêts sur le fondement de l'article L.2141-8.

¹⁶⁶¹ Cass. soc. 22 janv. 1998, n°95-45.400 P, *Bull.civ.* n°29, *Dr. soc.* 1998. 375, obs. G. Couturier.

¹⁶⁶² Cass. soc. 7 janv. 1997, n°93-45.664, *Dr. soc.* 1997. 325, obs. Couturier, Cass. soc. 12 juill. 2006, n°04-47.550, *RDT* 2007. 48, obs. Tissandier.

¹⁶⁶³ Cass. soc. 25 mars 2020, n°18-12.467 : *JurisData* n°2020-004517 ; *JCP S* 2020, 1299, note G. Vachet.

Le juge prud'homal est également compétent pour statuer sur une question préjudicielle relative à l'interprétation d'un accord collectif posée par le juge administratif dans le cadre d'un litige individuel opposant le salarié à son employeur¹⁶⁶⁴. Le conseil de prud'hommes statue en référé lorsqu'il est appelé à apprécier l'octroi d'une provision par un accord collectif¹⁶⁶⁵.

360. Compétence d'autres juridictions. Le Conseil de prud'hommes est compétent en matière d'action individuelle mais d'autres juridictions peuvent intervenir. Si le salarié invoque l'application d'une convention collective au bénéfice de l'ensemble des salariés, l'action n'est plus considérée comme étant de nature individuelle¹⁶⁶⁶ et d'autres types d'actions peuvent se mettre en place, comme nous le verrons au cours du chapitre 8. Lorsqu'est en cause l'application de l'accord sans formuler de demandes personnelles, il s'agit d'un différend de nature collective : la compétence revient alors au Tribunal judiciaire¹⁶⁶⁷. Enfin, le juge administratif peut également intervenir pour prononcer la nullité d'un arrêté portant extension d'un avenant à une convention collective, puisque l'entrée en vigueur est subordonnée à l'intervention d'un arrêt ministériel d'extension ou d'agrément¹⁶⁶⁸.

361. Juge pénal français et application du droit conventionnel. Afin d'assurer l'application effective du droit conventionnel, un recours éventuel à l'arsenal répressif peut être nécessaire¹⁶⁶⁹. Dans un premier temps, le non-respect de l'obligation de négocier est assortie de sanctions pénales : le fait de se soustraire aux obligations relatives aux modalités de la négociation obligatoire et à la convocation des parties à la négociation est puni d'un emprisonnement d'un an et une amende de 3750 euros¹⁶⁷⁰. Le juge pénal est déjà intervenu en matière de non-respect de l'obligation de négociation annuelle en entreprise en clarifiant le point suivant : la sanction pénale n'est pas applicable à l'employeur de bonne foi. Pour certains auteurs, cette obligation assortie d'une sanction pénale est réduite à une obligation de pure

¹⁶⁶⁴ Cass. soc. 18 mars 2008, n°07-41.813, P.

¹⁶⁶⁵ Cass. soc. 15 janv. 2002, n°00-41.117 : JurisData n°2002-012526 ; *TPS* 2002, comm. 81.

¹⁶⁶⁶ Cass. soc. 6 mai 1998, n°96-41.712, *Bull. civ.* V, n°234 ; *Dr. soc.* 1998. 731, obs. Couturier.

¹⁶⁶⁷ Cass. soc. 21 nov. 2012, n°11-15.037, *JCP S* 2013, 1094, note Th. Lahalle, V. aussi Bernard Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, Paris, LexisNexis, 11^e éd., 2018, p. 1054

¹⁶⁶⁸ CE 7 mai 2015, req. N°375882, Bertrand Ines, « Extension d'une convention collective et compétence du juge administratif », *D. act.*, 9 juin 2015.

¹⁶⁶⁹ Michel Despax, *Droit du travail. Tome 7, négociations, conventions et accords collectifs*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1989, p. 453.

¹⁶⁷⁰ Art. L.2243-1 et -2 du C.tr.

forme¹⁶⁷¹, puisqu'à partir du moment où l'employeur respecte les formalités et ouvre les négociations il n'a plus à craindre une répression pénale sur cette base. Bien que la négociation sur la diversité reste volontaire et ne soit soumise à aucune contrainte légale, certaines thématiques qui lui sont souvent associées ou en font partie doivent faire l'objet d'une négociation : il s'agit de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'absence de couverture par un accord ou un plan d'action en la matière pouvant entraîner des sanctions administratives et plus précisément une pénalité d'un montant fixé au maximum à 1 % des rémunérations et gains¹⁶⁷². Comme nous l'avons remarqué, les partenaires sociaux intègrent presque toujours cette thématique assortie des obligations contraignantes dans leur négociation de diversité, une négociation a priori volontaire, non prévue par la loi. Est ainsi créé un amalgame intéressant où les dispositions contraignantes en matière d'égalité professionnelle se combinent avec les dispositions antidiscriminatoires, la promotion de la diversité ou la RSE.

Dans un second temps, la méconnaissance des stipulations conventionnelles peut également entraîner des sanctions pénales. Comme la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu le mettre en lumière, la méconnaissance d'un accord collectif peut être constitutive d'un délit d'entrave à la mission des institutions syndicales lorsque la loi autorise l'aménagement de ses dispositions et sous réserve que le contenu de cet accord ne s'éloigne pas de ses prévisions¹⁶⁷³. D'un autre côté, n'est pas susceptible de qualification pénale la méconnaissance d'une obligation conventionnelle de négocier avec les organisations syndicales qui n'a pas été prévue par une disposition législative expresse¹⁶⁷⁴. En effet, bien que les partenaires sociaux disposent d'une délégation de la part du législateur pour produire des normes juridiques (les conventions et accords collectifs), le non-respect d'une disposition conventionnelle ne suffit pas pour réclamer une sanction pénale lorsque celle-ci n'est pas prévue par la loi, dans le respect du principe de la légalité des délits et des peines¹⁶⁷⁵. Toutefois, lorsqu'une disposition législative

¹⁶⁷¹ Cass. crim. 4 octobre 1989, *D.* 1990. 158, obs. A. Lyon-Caen ; *ibid.* 166, obs. A. Lyon-Caen ; *RSC* 1990. 361, obs. A. Lyon-Caen ; *ibid.* 363, obs. A. Lyon-Caen, v. aussi Jean Savatier, « L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ? », *D. soc.* 1990, p. 154.

¹⁶⁷² L.2242-8 C. tr.

¹⁶⁷³ Était en cause en l'espèce l'application d'un accord relatif à la distribution des publications de nature syndicale par l'intranet de l'entreprise. Cass. crim. 9 avril 2019, *D.* 2019, p. 1527.

¹⁶⁷⁴ Cass. crim. 19 juin 2012, n°11-84.884, F+P+B, *D.* 2012, p. 2029.

¹⁶⁷⁵ En effet, l'article 111-3 du Code pénal prévoit que « nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi ». Toutefois, les sanctions pénales consécutives à des violations de règles conventionnelles ne sont pas nécessairement incompatibles avec le principe de la légalité des délits et des peines. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé en la matière dans une décision du 10 novembre 1958 n°82-145DC : « si, aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi

permet cette dérogation, des sanctions pénales sont à nouveau possibles ; tel est le cas des conventions ou accords collectifs étendus, conformément à l'article L.2263-1 C.tr. : « Lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause. »¹⁶⁷⁶

Par conséquent, en présence d'une convention ou d'un accord non étendu, les options de recours sont plus limitées. Bien évidemment, « il ne serait pas de bonne politique que l'employeur, qui s'est engagé au-delà des exigences légales, puisse revenir ensuite sur sa parole sans encourir de sanctions efficaces »¹⁶⁷⁷, des recours civils sont désormais possibles. Enfin, bien que nous puissions, sous conditions, envisager la qualification du délit d'entrave et des sanctions pénales concernant les accords portant sur le droit syndical¹⁶⁷⁸, cela est moins probable concernant les accords de diversité. Cependant, les accords en matière de diversité conclus pour une durée déterminée s'engagent toujours à reprendre les négociations une fois que cette durée est écoulée. Nous pourrions par conséquent imaginer des recours civils en cas d'omission ou de refus de reprendre des négociations prévues par un instrument conventionnel mais nous ne disposons pas actuellement d'exemples jurisprudentiels concrets.

elle-même ; que la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire à son égard peut donc faire l'objet d'une répression pénale ».

La jurisprudence n'a pas toujours suivi la même voie. Selon les jurisprudences *Berliet* (Cass. crim. 22 février 1977, *Bull. crim.* n°80.) et *Plessis* (Cass. crim. 14 févr. 1978, *Dr. soc.* 1979, p. 172, note J. Pradel ; *D.* 1978. IR 384, obs. J. Péliissier), lorsque les accords collectifs comportent des dispositions plus favorables que les dispositions légales en matière de représentation du personnel et des syndicats, le délit d'entrave était constitué. Cette jurisprudence a été renversée par trois arrêts de 1991 (Cass. crim. 4 avr. 1991, n°s 89-85.536 et 88-84.270, *RSC* 1991. 783, obs. A. Lyon-Caen et Cass. crim. 4 avr. 1991, n°89-83.204, *RSC* 1991. 783, obs. A. Lyon-Caen, *Bull. crim.*, n°164). Ces arrêts (confirmés également par l'arrêt Cass. crim. 19 juin 2012, n°11-84.884, F+P+B, *D.* 2012, p. 2029) ont entraîné le déclin du recours à la sanction pénale du droit conventionnel. Désormais, seuls les recours civils sont possibles.

V. aussi Marie-Cécile Amauger-Lattes, « L'évolution paradoxale de la sanction pénale du droit conventionnel du travail », *Dr. soc.* 2009, p. 568, Jean Mouly, « À quelles conditions la violation d'un accord collectif peut-elle constituer le délit d'entrave ? », *Dr.soc.*, 2012, p. 1067.

¹⁶⁷⁶ Sur l'interprétation de l'art. L.2263-1 C.tr., l'arrêt de la chambre criminelle du 5 mars 2013 (Cass. crim. 5 mars 2013, n°11-83.984 P, *Bull. crim.* n°59, *D. act.* 3 avril 2013, obs. Ines ; *JCP S* 2013, p. 1197, obs. Duquesne) admet la qualification de délit d'entrave face au refus d'un employeur d'instituer le « conseil d'établissement » dans une entreprise de moins de cinquante salariés, comme lui en faisait l'obligation la convention collective nationale étendue des centres sociaux, qui lui était applicable. À la différence de l'arrêt du 19 juin 2012 (v. note 28) où l'obligation à négocier n'était pas instituée par une convention collective étendue, dans l'arrêt du 5 mars 2013, l'obligation de mettre en place un conseil d'établissement était bel et bien prévue par une telle convention. Par conséquent, ce comportement entre dans le champ d'application de l'art. L.2263-1 C.tr. et peut être sanctionné pénalement. V. aussi Serge Frossard, « La sanction pénale de la violation d'obligations conventionnelles », *RDT*, 2014, p. 54.

¹⁶⁷⁷ Jean Mouly, *op.cit.*

¹⁶⁷⁸ Cass. crim. 9 avril 2019, n°1880.921, *D.* p. 1527, obs. Duquesne.

Enfin, il est également possible d'insérer dans une convention collective une *clause pénale*. Selon la chambre sociale « l'accord d'entreprise qui prévoit qu'en cas de non-respect par la société de son engagement, celle-ci s'oblige à indemniser chaque salarié du montant total des efforts concédés entre la date de mise en application et la date de rupture de l'engagement, s'analyse en une clause pénale par laquelle la société, pour assurer l'exécution de l'accord collectif, s'engage à indemniser les salariés en cas d'inexécution »¹⁶⁷⁹. Une telle clause peut se mettre en place lorsque l'accord collectif prévoit un avantage et, en cas de violation de l'accord, elle assure le salarié qu'il aura droit à une réparation¹⁶⁸⁰. Toutefois, dans ces exemples jurisprudentiels sont toujours en cause des avantages conventionnels pécuniaires concrets, dont le non-respect peut entraîner le versement de dommages-intérêts pour les salariés. La saisine du juge pénal ou la mise en place de clauses pénales pour le non-respect d'un engagement issu d'un accord collectif en matière de diversité nous semblent peu probables, à l'exception bien sûr des procès concernant la discrimination, procès distincts du domaine de la sanction pénale en droit conventionnel du travail.

362. **Juge, accords collectifs et diversité.** Concernant le contrôle ou le non-respect des accords collectifs en matière de diversité, citons certains exemples où le juge a dû se prononcer, bien qu'ils ne soient pas nombreux. Dans un arrêt de cassation de 2018¹⁶⁸¹, est en cause le respect des dispositions de suivi prévues par l'accord collectif sur la diversité et la prévention de la discrimination, conclu par l'UES Veolia Eau¹⁶⁸². Cet accord prévoit qu'en cas de situation non-conforme aux engagements de l'accord diversité, les salariés peuvent saisir l'instance régionale diversité, composée de deux représentants du personnel et de deux représentants de la direction. Un référent diversité se charge de mener l'enquête. En l'espèce, une salariée est accusée de « malversations dans la gestion du comité d'établissement » et demande accès au courrier de dénonciation. Cet accès lui est refusé au motif que l'accord prévoit le respect d'une

¹⁶⁷⁹ Cass. soc. 8 mars 2017, n°15-26.975 à n°15-26.983, n°15-26.985 à n°15-26.990 et n°15-26.992 à n°15-27.008, *JCP S* 2017, p. 1143, « Clause pénale et accord collectif : identification et appréciation (Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-26.975 à n°15-26.983, n°15-26.985 à n°15-26.990 et n°15-26.992 à n°15-27.008, M. A. et a. c/ SAS Whirlpool France)», comm. François Dumont.

L'accord de la société Whirlpool France prévoyait que les salariés acceptent des modalités d'aménagement de la durée du travail, en renonçant au bénéfice de 14 jours par an de réduction du temps de travail. En contrepartie, l'employeur s'engageait au maintien des productions actuelles sur le site d'Amiens et, ensuite, à la production du nouveau sèche-linge sur le même site pendant une durée minimum de 5 ans avec un volume de production annuel minimum de 550 000 produits à compter de la signature de l'accord ; qu'en cas de non-respect de l'accord, l'entreprise s'engageait à indemniser chaque salarié du montant total des efforts concédés entre la date de mise en application et la date de rupture de cet engagement

¹⁶⁸⁰ Bernard Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives, op.cit.*, p. 1055.

¹⁶⁸¹ Cass. soc. 3 oct. 2018, n°17-20.802, Inédit.

¹⁶⁸² Accord sur la diversité et la prévention de la discrimination au sein de l'UES Veolia Eau du 24 juin 2011.

stricte confidentialité du dossier d'instruction des plaintes par l'instance régionale de diversité. Selon les juges du fond, puisqu'aucune recommandation ou sanction n'a été notifiée à la requérante, il n'y a pas de préjudice et, par conséquent, la demande de communication du dossier n'est pas un motif légitime. La Cour de cassation considère toutefois que la demande de la requérante est légitime, sur le fondement de l'article 145 de Code de procédure civile, permettant à tout justiciable se prévalant d'un motif légitime de saisir la juridiction compétente afin d'obtenir la preuve de faits. La procédure de suivi prévue dans le cadre d'un accord collectif doit être respectée mais ne peut s'opposer au respect du principe du contradictoire.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 2016¹⁶⁸³, une salariée qui a intégré la DRH au titre de chargée d'études Diversité est licenciée parce que, selon les arguments de l'employeur, elle n'a pas assuré le suivi opérationnel de l'application des accords collectifs relevant de la « politique d'égalité des chances diversité », ses fonctions incluant la participation à la mise en place des projets liés à la politique de la diversité, la transcription de l'accord Égalité professionnelle Hommes/Femmes et l'analyse des indicateurs de suivi de cet accord, ainsi que la production d'un plan diversité. La salariée, qui a eu divers arrêts de travail pour maladie, conteste la validité du licenciement en estimant qu'elle est en réalité victime d'une discrimination en raison de son état de santé. Le Conseil de prud'hommes la déboute de sa demande mais la Cour d'appel infirme le jugement en reconnaissant que le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse. Il est intéressant de retenir que le fait pour le salarié-cadre de ne pas assurer ses responsabilités quant à la « mise en place des projets liés à la diversité » peut faire partie des arguments susceptibles de justifier le licenciement, à condition que d'autres raisons subjectives ne se cachent pas derrière.

Le non-respect des engagements conventionnels peut également constituer un préjudice supplémentaire dans le cadre d'une demande de dommages-intérêts à la suite d'un licenciement discriminatoire. Ainsi, dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris le 12 septembre 2016¹⁶⁸⁴, le salarié lésé demande différentes sommes en réparation de la discrimination subie et y inclut la somme de dix-mille euros à titre de dommages-intérêts pour non-respect de l'accord collectif « dont il ressort que l'employeur s'est engagé à lutter contre toute forme de discrimination et affirme sa volonté de respecter la diversité, de promouvoir l'égalité des chances ». Bien qu'en l'espèce, la Cour d'appel de Paris le déboute de l'ensemble de ses

¹⁶⁸³ CA Paris, pôle 6, ch.11, 6 mai 2016, n°13/05595.

¹⁶⁸⁴ CA Paris, pôle 6, ch.8, 12 sept. 2016, n°15/10146.

demandes ne considérant pas qu'il soit victime d'une discrimination, nous pouvons envisager qu'une demande de réparation pour licenciement discriminatoire puisse s'accompagner d'une demande de réparation du préjudice du non-respect de l'accord collectif. Bien évidemment, la dernière est intrinsèquement liée à la première : si le salarié ne parvient pas à démontrer la discrimination subie, il ne pourra pas prétendre non plus que les engagements conventionnels en matière de diversité et de non-discrimination n'ont pas été respectés.

B) Un lien renforcé entre le contentieux en matière de diversité et le contentieux en droit antidiscriminatoire

363. Le contentieux en matière de diversité est intrinsèquement lié à celui de la lutte contre les discriminations. Qu'il s'agisse du contrôle de conformité exercé sur les instruments de la diversité ou du respect des engagements issus de ces instruments, une mauvaise application des instruments de la diversité ne peut que produire des situations où le droit antidiscriminatoire trouvera à s'appliquer. En outre, le contentieux judiciaire lié aux discriminations, comme d'ailleurs celui du harcèlement moral¹⁶⁸⁵, est souvent un contentieux de rupture du contrat de travail, ce qui complexifie davantage le recours pour le salarié, qui peut choisir la voie pénale et/ou prud'homale pour faire valoir ses droits.

364. **Action individuelle et discrimination.** En ce qui concerne l'action civile, le salarié peut saisir le conseil de prud'hommes lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions antidiscriminatoires (L. 1132-1 et s. du Code du travail). Un système probatoire allégé est mis en place par l'article L.1134-1 du Code du travail, ne suivant pas le chemin classique de *actori incumbit probatio*¹⁶⁸⁶: dans le cadre d'une action en justice pour discrimination, il suffit que le salarié victime présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte¹⁶⁸⁷. Par la suite, il incombe à la partie défenderesse de prouver l'inverse, c'est-à-dire qu'il n'y a pas eu discrimination et que ses décisions se fondent sur des éléments objectifs. Des dispositions distinctes sont prévues pour

¹⁶⁸⁵ V. aussi Patrice Adam, « Harcèlement moral ; quelques réflexions autour de l'affaire Eutelsat », *Dr. ouvr.*, févr. 2006, p. 57.

¹⁶⁸⁶ La charge de la preuve incombe au demandeur. Art. 1135 C.civ : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.* »

¹⁶⁸⁷ La Cour de cassation s'est prononcée sur l'articulation entre le régime probatoire spécifique de l'art. L.1134-1 du Code du travail et le régime général de l'article 145 du Code de procédure civile. L'arrêt de la chambre sociale du 22 septembre 2021 précise que l'article 145 du CPC n'est pas incompatible avec le régime spécifique en matière de discrimination. Par conséquent, le salarié peut invoquer l'article 145 du CPC lorsqu'il souhaite obtenir en référé la communication d'informations par l'employeur. Cass. soc. 22 septembre 2021, n°19-26.144, F+B.

traiter des discriminations fondées sur le sexe, avec le même régime probatoire¹⁶⁸⁸. Ce renversement de la charge de la preuve constitue un aménagement légal censé faciliter la tâche du salarié victime. Toutefois, comme nous l'avons constaté au cours du chapitre 5, consacré à l'effectivité, cet allègement probatoire ne garantit pas toujours l'effectivité des dispositions antidiscriminatoires¹⁶⁸⁹. En effet, même si le salarié n'assume pas l'ensemble de la charge de la preuve, il doit rapporter des éléments démontrant un traitement moins favorable que les personnes se trouvant dans une situation comparable avec les autres salariés¹⁶⁹⁰ ou, lorsque cette comparaison n'est pas possible¹⁶⁹¹, démontrer un traitement désavantageux touchant une certaine catégorie de personnes¹⁶⁹². Si le salarié ne peut accéder aux documents relatifs aux autres salariés de l'entreprise afin de pouvoir comparer sa situation, il a l'option de saisir le juge de référés, qui obligera l'employeur, en amont de tout procès, à communiquer ces documents¹⁶⁹³. L'action du salarié peut également porter sur une différence de traitement émanant d'une convention collective, le fait que les stipulations conventionnelles soient négociées et signées par les partenaires sociaux ne créant aucune présomption de non-discrimination selon le juge¹⁶⁹⁴.

Quant à la prescription d'une action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination, celle-ci se prescrit par cinq ans à partir de la révélation de la discrimination, sans possibilité d'aménagement conventionnel¹⁶⁹⁵. Les dommages-intérêts réparent toutefois l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée. Le législateur a prévu une protection supplémentaire pour le salarié qui agit en justice pour discrimination : si l'employeur décide de licencier le salarié à la suite d'une telle action en justice, le licenciement sera qualifié de nul et

¹⁶⁸⁸ Art. L.1144-1 C.tr.

¹⁶⁸⁹ Anne Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *Revue des droits de l'Homme*, n°9, 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, Cris Beauchemin, Christelle Hamel, Maud Lesné, Patrick Simon, « Les discriminations : une question de minorités visibles », *Population et Sociétés*, 2010, p. 466, Stéphane Carcillo, Maria-Anne Valfort, *Les discriminations au travail. Femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, Paris, Presses de SciencesPo, 2018, p. 189, Nicolas Moizard, « Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux », *Dr. soc.*, 2020, p. 320.

¹⁶⁹⁰ Cass. soc. 24 sept. 2008, n°06-45.579, 06-45.747, 06-43.504, *D.* 2008. AJ2423, obs. Perrin, *RDT* 2008, p. 744, obs. Pignarre, *JCP S* 2008, p. 1537, avis Allix, note Leborgne-Ingelaere, *Dr. ouvrier* 2008. 545, note Adam; *Dr. soc.* 2009. 57, note Savatier.

¹⁶⁹¹ Notamment en cas de discrimination indirecte.

¹⁶⁹² V. aussi ch.6.

¹⁶⁹³ Cass. soc. 19 déc. 2012: *D. act. 18 janv. 2013*, obs. Peyronnet; *D.* 2013. Actu. 92; *D.* 2013. Pan. 1026, obs. Porta; *Dr. ouvrier* 2013. 287, obs. Mazardo et Riandey; *JSL* 2013, n°338-2.

¹⁶⁹⁴ Cass. soc. 9 oct. 2019, n°17-16.642 P: *D.* 2019; *RJS* 12/2019, n°676; *Dr. ouvrier* 2020. 158, obs. Maillard-Pinon; *JCP S* 2019. 1336, obs. Daniel, Cass. soc. 9 déc. 2020, FS-P+B, n°19-17092, *D.* 2021 p. 23, *D. act* 7 janvier 2021, comm. Clément Couëdel.

¹⁶⁹⁵ Art.L.1134-5 C.tr.

de nul effet à partir du moment où la cause réelle et sérieuse n'est pas établie¹⁶⁹⁶. La nullité frappe en effet tout licenciement considéré discriminatoire¹⁶⁹⁷. À partir du moment où le juge qualifie un licenciement de discriminatoire, le licenciement est considéré comme nul, ce qui signifie que le contrat de travail se poursuit : le salarié peut demander sa réintégration ou, s'il ne le souhaite pas, il a droit à une indemnité qui n'est pas assujettie à la barémisation de l'article L. 1235-3 et ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois¹⁶⁹⁸.

365. **Juge pénal et discriminations.** Il existe une multitude des dispositions légales incriminant la discrimination au travail et ses différents aspects. L'on remarque une certaine cohérence des dispositions pénales et civiles de lutte contre les discriminations en ce qui concerne les critères et la qualification des actes discriminatoires¹⁶⁹⁹. Toutefois, il existe également des divergences, notamment en ce qui concerne le régime probatoire, le régime de l'allégement de la preuve ne s'appliquant pas en matière pénale, la charge de la preuve de l'infraction incombant à l'accusation. D'un autre côté, en matière pénale, les parties privées ne sont pas tenues par le principe de loyauté de la preuve et peuvent utiliser des preuves atypiques tels que le testing¹⁷⁰⁰.

Au sein du Code du travail, les dispositions pénales visent certains aspects spécifiques de discriminations : le non-respect des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes¹⁷⁰¹ est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou encore, à titre de peine complémentaire, de l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne¹⁷⁰² ; pour les discriminations syndicales, une amende de 3750 euros est prévue¹⁷⁰³. Quant aux dispositions du Code pénal, son article 225-2 prévoit que la discrimination est punie

¹⁶⁹⁶ Art. L.1134-4 C.tr.

¹⁶⁹⁷ Art. L.1235-3-1 al.2, 3° C.tr.

¹⁶⁹⁸ Art. L.1235-3-1 al.1 C.tr.

¹⁶⁹⁹ Frédérique Chopin, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 360.

¹⁷⁰⁰ Art. 225-3-1 C. pén. : « Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie. »

V. aussi Jérôme Lasserre Capdeville, « La preuve des discriminations : le regard du pénaliste », *Dr. soc.*, 2020, p. 338.

¹⁷⁰¹ Art. L.1142-1 et -2 C.tr.

¹⁷⁰² Art. L.1146-1 C.tr.

¹⁷⁰³ Art. L. 2146-2 C.tr. : en cas de récidive l'amende passe à 7500 euros et se rajoute une peine d'emprisonnement d'un an.

de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros lorsqu'elle consiste à refuser d'embaucher, à sanctionner, à licencier une personne ou à subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur un critère discriminatoire¹⁷⁰⁴. Il est possible qu'une infraction relève en même temps des deux qualifications et les dispositions pénales du Code du travail et du Code pénal trouvent alors à s'appliquer. Dans ce cas précis, le salarié peut invoquer l'ensemble de ces dispositions et le juge tranchera sur l'application des sanctions.

Paragraphe 2. Les modes alternatifs de règlement des litiges à la défense des engagements légaux et conventionnels

366. Concernant les modes extra-judiciaires, nous allons nous focaliser notamment sur la médiation, qui est la plus présente en notre matière¹⁷⁰⁵. Le terme « médiation » entraîne une confusion conceptuelle, en raison notamment de la multiplication des dénominations : résolution amiable, conciliation, règlement informel¹⁷⁰⁶ etc. À noter toutefois que la médiation est prévue légalement en cas de harcèlement moral¹⁷⁰⁷ et non pas en cas de discrimination, où le Défenseur des Droits demeure la seule instance capable de résoudre à l'amiable les différends. La médiation en matière de harcèlement moral est diamétralement opposée à celle prévue en matière de discrimination, puisqu'elle se développe dans la sphère privée, sans l'intervention d'une autorité officielle et constitue une procédure autonome, sans articulation avec des éventuelles procédures judiciaires¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁴ Les critères considérés comme discriminatoires, d'un point de vue pénal, sont énumérés aux art. 225-1 et 225-1-1 C. pén. L'art. 225-1 énumère comme tels l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, le patronyme, le lieu de résidence, l'état de santé, la perte d'autonomie, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

Quant à l'art. 225-1-1, il condamne toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel.

¹⁷⁰⁵ En effet, le recours à certaines méthodes de résolution des conflits est interdit par le Code du travail, comme le recours à l'arbitrage, puisque toute clause compromissoire est frappée de nullité et réputée non écrite.

Art. L.1411-4 C.tr. : « Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite. »

¹⁷⁰⁶ Sophie Sereno (thèse publiée), *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 562.

¹⁷⁰⁷ Art. L.1152-6 Code du travail : « Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties. Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties. Il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement. Lorsque la conciliation échoue, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime. »

¹⁷⁰⁸ Jean-Philippe David Tricoit, *La médiation dans les relations de travail*, Paris, L.G.D.J, 2008, p. 450 et s., Note de la Direction Confédérale C.G.T., « Mise en place de médiateurs destinés à agir préventivement à propos de harcèlements, note de la Direction confédérale CGT », *Dr. Ouvr.*, juin 2002, p. 309.

Quant à la voie conventionnelle, depuis le décret du 20 janvier 2012¹⁷⁰⁹, est possible la mise en place d'une médiation par le biais d'une convention collective prévoyant une procédure contractuelle de médiation, soit après une phase de conciliation soit directement, dans le respect des règles générales du droit¹⁷¹⁰. Nous en retrouvons certains exemples au sein des accords collectifs européens ou internationaux : ceux-ci intègrent parfois des clauses sollicitant les voies de conciliation dans l'objectif d'éviter les litiges et rechercher une solution amiable¹⁷¹¹. Cependant, cette méthode est peu utilisée dans le cadre du traitement de conflits individuels puisque le fait qu'une convention collective prévoie la saisine préalable d'une commission de conciliation ou médiation ne peut en aucun cas priver le salarié de son droit de saisir directement le juge prud'homal¹⁷¹². En outre, concernant spécifiquement les accords en matière de diversité, très souvent, les parties s'inscrivent dans une perspective positive. Par conséquent, l'on rencontrera davantage de dispositifs d'alerte visant à assurer la mise en œuvre effective de l'accord¹⁷¹³ que de dispositifs de médiation visant à résoudre des conflits issus de l'accord lui-même.

L'article R.1471-1 du Code du travail prévoit que les dispositions relatives à la médiation conventionnelle du Code de procédure civile sont applicables aux différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail. Pour que cette convention soit valide, elle doit être homologuée par le bureau de conciliation et d'orientation du conseil de prud'hommes¹⁷¹⁴. Toutefois, la médiation ne peut être utilisée dans tous les types de conflits individuels, elle est notamment exclue dans le cas où une personne se trouve en détresse, ne peut s'exprimer et lorsque l'expression de son consentement libre et éclairé ne peut être garantie par le médiateur, ce qui est souvent le cas dans les relations individuelles de travail, en raison des rapports de force déséquilibrés entre l'employeur et le salarié, rendant ainsi compliqué un dialogue « d'égal à égal »¹⁷¹⁵. Enfin, la médiation peut aussi agir en tant que « rouage de la théorie de la responsabilité sociale des entreprises » puisqu'elle peut intervenir comme un mode de gestion afin de déconstruire les techniques de management irrespectueuses du salarié¹⁷¹⁶.

¹⁷⁰⁹ Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012.

¹⁷¹⁰ Alice Le Flanchec, Jacques Rojot, « La médiation dans les relations du travail », *Négociations*, 2009/2, n°12, pp. 156-157.

¹⁷¹¹ Bernard Teyssié, « Les accords collectifs européens d'entreprise ou de groupe », *op.cit.*, 1096.

¹⁷¹² Cass. soc. 8 déc. 1965, n°64-40.386, SA Soutif c/Bossière, *Bull.civ.*, IV, n°894, p. 761, *Dr. soc.* n°12, déc. 1966, pp. 629-636, note Hebraud, *D.* 1966, somm. comm., p. 48.

¹⁷¹³ V. chapitre 8.

¹⁷¹⁴ Art. 1534 Code de procédure civile.

¹⁷¹⁵ Juliette Boyer Chammard, Anne-Laure Brun-Buisson, « Médiation et droit du travail : quelle articulation ? », *Juris associations*, 2014, n°510, p. 29.

¹⁷¹⁶ Jean-Philippe David Tricoit, *op.cit.*, p. 468.

L'institution du Défenseur des droits est le médiateur central et incontestable en matière de lutte contre les discriminations. Dans le cadre de ses fonctions, il a également dû aborder la diversité et se positionner face à ce concept particulier (A). Nous allons également nous intéresser à une autre instance dont les délibérations affectent considérablement les démarches de diversité, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), régulateur des données personnelles (B).

A) La diversité sous le prisme du Défenseur des droits

367. **Fonction et action du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits est une institution de la République au service de l'effectivité des droits et de la promotion de l'égalité, créée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁷¹⁷ et dont les attributions ont été définies par la loi organique de 2011¹⁷¹⁸. En effet, comme cela est souvent précisé dans les rapports annuels du Défenseur des droits, son objectif est de rendre effectifs les droits des publics les plus vulnérables¹⁷¹⁹. Il a été créé en regroupant quatre institutions, toutes visant l'application effective des droits dans la vie des citoyens : le Médiateur de la République, la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS), le Défenseur des enfants et la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE). Cette dernière a été créée par la loi du 30 décembre 2004¹⁷²⁰ « pour connaître toutes les discriminations, directes ou indirectes », mission dont l'institution du Défenseur des droits a hérité en 2011. Son champ de compétence s'étend aux domaines suivants : la défense des droits des usagers des services publics, la défense et la promotion des droits de l'enfant, la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité, le respect de la déontologie des professionnels de la sécurité et l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte¹⁷²¹. Le Défenseur des droits intervient désormais lorsqu'un réclamant saisit l'institution en estimant être victime d'une différence de traitement directe ou indirecte pour l'un des motifs interdits par la loi dans le domaine de l'emploi mais aussi du logement, de l'éducation, de la protection sociale, etc.¹⁷²² Le nombre de réclamations reçues est indicatif du succès de cette institution : 103 066 réclamations traitées

¹⁷¹⁷ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 71-1 de la Constitution. Il s'agit de la seule autorité administrative indépendante qui bénéficie d'une légitimité d'origine constitutionnelle.

¹⁷¹⁸ Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁷¹⁹ V. par exemple Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité*, 2016, p. 3 ; *Rapport annuel d'activité*, 2019, p. 3, p. 39, p. 50, *Rapport annuel d'activité*, 2018, p. 2, p. 3, p. 15.

¹⁷²⁰ Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

¹⁷²¹ Site officiel du Défenseur des droits, <https://www.defenseurdesdroits.fr>.

¹⁷²² Jean-Luc Mathieu, *L'institution du Défenseur des droits*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 71.

en 2019, dont 5448 portent sur la lutte contre les discriminations¹⁷²³. Pour le Défenseur des droits, un traitement effectif de discriminations ne peut se limiter à une approche exclusivement contentieuse : il s'agit également d'agir sur les racines des discriminations et combattre les préjugés, élément qui ajoute une finalité pédagogique à la résolution amiable¹⁷²⁴.

368. L'intervention du Défenseur des droits peut se réaliser à plusieurs niveaux : il dispose d'une compétence en matière d'exécution des décisions de justice et, à travers ses recommandations et rapports, il exerce une autorité morale lui permettant « de faire entendre auprès des personnes publiques une voix plus forte, plus ferme et donc plus persuasive que celle du justiciable isolé »¹⁷²⁵. Cette autorité morale attribuée à ses recommandations a une forme « d'autorité de la chose recommandée »¹⁷²⁶. Comme le prévoit la loi organique, toute personne physique ou morale peut saisir le Défenseur des droits gratuitement, directement ou par l'intermédiaire d'un syndicat, d'une association, d'un parlementaire et sans interruption des délais de recours¹⁷²⁷. À la différence de l'image de la médiation standard, qui dépend notamment de la volonté des parties, la médiation par le biais du Défenseur des droits est quelque peu différente : sa saisine n'équivaut pas à l'accès à la médiation, cet accès étant subordonné au pouvoir d'appréciation du Défenseur, ainsi qu'à l'accord préalable des juridictions pénales si celles-ci ont été déjà saisies¹⁷²⁸. Une fois saisi, le Défenseur des droits dispose d'un pouvoir d'instruction lui permettant de mener des enquêtes et de convoquer les personnes concernées afin de résoudre le litige. Il peut opter pour le règlement amiable, lorsque celui-ci est possible, ou, dans le cas contraire (et lorsque le règlement amiable n'est pas suffisant), adopter une décision formelle comportant des recommandations. Dans le cas d'une résolution amiable, un accord consensuel mettant un terme au litige est conclu par les parties, le contenu de cet accord étant déterminé et contrôlé par le médiateur du Défenseur¹⁷²⁹. Dans le cas d'une recommandation, le Défenseur peut émettre son appréciation de la situation et en proposer la reformation par le biais de la suppression des éléments litigieux ou l'adoption de mesures spécifiques¹⁷³⁰. Les personnes intéressées sont tenues d'informer le Défenseur sur la

¹⁷²³ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité*, 2019, p. 13.

¹⁷²⁴ Sophie Sereno, *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 557, p. 569.

¹⁷²⁵ Pascal Trouilly, « Saisine du Défenseur des droits », In *Droit et pratique des voies d'exécution*, Serge Guinchard, Tony Moussa (Dir.), Paris, Dalloz, 2018, §1622.21 et s.

¹⁷²⁶ Sophie Sereno, *op.cit.*, p. 590.

¹⁷²⁷ Art. 5,6 et 7 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁷²⁸ Jean-Philippe David Tricoit *op.cit.*, p. 443, Sophie Latraverse, « La lutte contre la discrimination au travail par le Défenseur des droits », *Dr. soc.* 2020, p. 288.

¹⁷²⁹ Sophie Sereno, *op.cit.*, p. 572.

¹⁷³⁰ *Ibid.* p. 589.

suite donnée à ces recommandations dans un délai donné, à défaut, le Défenseur des droits peut enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires. Par la suite, il peut rendre public ce rapport et, le cas échéant, la réponse de la personne mise en cause¹⁷³¹.

Il peut également intervenir dans le cadre d'un contentieux, en présentant des observations devant la juridiction concernée, comme nous le montre l'exemple de l'affaire *Chibanis*, où était en cause le traitement différencié en matière d'évolution de carrière de cheminots étrangers embauchés par la SNCF¹⁷³². Outre son intervention dans la résolution des litiges, le Défenseur participe également à l'évolution des pratiques, par le biais de la publication d'études et de ses rapports annuels, ou encore en rendant des avis au Parlement lorsqu'un projet de loi concerne l'un de ses domaines de compétence.

Pour Sophie Latraverse, Directrice du secrétariat général du Défenseur des droits, la contribution de l'institution en matière de contentieux de la lutte contre les discriminations au travail est considérable mais également révélatrice des faiblesses normatives existantes : les réclamations et les recours en matière de discrimination à l'embauche demeurent rares et peu représentatifs de la réalité et, par conséquent, la discrimination apparaît, pour certains, rentable¹⁷³³. Elle révèle deux pistes d'évolution du cadre d'intervention : « approfondir les obligations légales et les mécanismes pour généraliser les obligations d'études et de rapports sous forme d'indicateurs non financiers, comme le rapport de situation comparée, et construire des obligations d'audit dans certains secteurs, choisis pour leur valeur expérimentale en termes de représentativité statistique ; et investir les possibilités offertes par l'action de groupe en matière de lutte contre les discriminations »¹⁷³⁴.

369. La diversité au travail, saisie par le Défenseur des droits. Le Défenseur des droits a été amené à prendre position sur différentes affaires relatives aux discriminations : il s'est par exemple prononcé sur la discrimination subie par une infirmière territoriale en lien avec son

¹⁷³¹ Art.25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁷³² Décision du Défenseur des droits, 21 juillet 2016, n°MLD-2016-188. Le Défenseur des droits a décidé de présenter ses observations devant la Cour d'appel de Paris, qui a rendu son arrêt en 2018 en condamnant la discrimination subie par les cheminots. CA de Paris, 31 janv. 2018, n°15/11389, V. aussi obs. Marie Peyronnet, « Affaire Chibanis : évaluation du préjudice résultant de la discrimination. Paris, 31 janv. 2018 », *D. act.*, 13 février 2018.

¹⁷³³ Sophie Latraverse, *op.cit.*

¹⁷³⁴ *Ibid.*

état de santé et l'absence d'aménagement de ses conditions de travail¹⁷³⁵, sur le caractère non-discriminatoire du rejet d'une candidature pour un poste de chargé de recherche d'un centre de recherche scientifique par rapport aux critères d'origine, de patronyme et d'âge¹⁷³⁶, sur le retard de l'avancement de carrière subi par un fonctionnaire en raison de son état de santé¹⁷³⁷, sur le refus d'accorder une autorisation d'absence pour célébrer une fête religieuse à un détaché syndical, suivi d'une retenue sur salaire caractérisant une double discrimination en raison des convictions religieuses et des activités syndicales du salarié, refus qui constitue selon le Défenseur des droits un harcèlement discriminatoire¹⁷³⁸. Comme nous l'avons précisé ci-dessus, le Défenseur des droits ne se limite pas à constater les faits et à déterminer l'existence ou non d'une discrimination, il procède également à des recommandations. Ainsi, il peut recommander à la direction RH d'indemniser le salarié ainsi que de « sensibiliser ses services et le personnel d'encadrement aux règles applicables à la non-discrimination syndicale et religieuse et de modifier ses pratiques relatives aux congés pour motifs religieux à l'égard des délégués syndicaux »¹⁷³⁹. Même lorsque la discrimination n'est pas retenue, le Défenseur peut procéder à des recommandations pour écarter les suspicions et améliorer la transparence des procédures de recrutement¹⁷⁴⁰.

Les politiques diversité mises en place au sein de l'entreprise accusée sont également évaluées, et le Défenseur des droits précise que l'obtention d'un label¹⁷⁴¹ et l'engagement de l'entreprise dans la promotion de diversité¹⁷⁴² n'excluent pas l'existence de discriminations et ne suffisent pas pour s'exonérer en cas de discrimination soulevée dans un dossier individuel. Les témoignages des salariés dans ces affaires démontrent leur suspicion et leur déception face à cet instrument : « Selon Monsieur E, ancien salarié, la société « [...] multiplie les labels diversité », « travailler mieux ensemble », « handicap », des labels qui selon moi, mais aussi les syndicats eux-mêmes, ne sont que de la poudre aux yeux pour s'acheter une belle image, une conscience. Pour preuve, comment peut-on se targuer de diversité, alors que les personnes

¹⁷³⁵ Décision du Défenseur des droits, 15 mai 2018, n°2018-004.

¹⁷³⁶ Décision du Défenseur des droits, 3 juillet 2020, n°2020-117.

¹⁷³⁷ Décision du Défenseur des droits, 11 juin 2019, n°2019-141.

¹⁷³⁸ Décision du Défenseur des droits, 9 mai 2019, n°2019-077.

Sur la discrimination religieuse en lien avec le refus d'accorder des autorisations spéciales d'absence pour célébrer des fêtes religieuses voir aussi la décision du Défenseur des droits, 14 décembre 2017, n°2017-066.

¹⁷³⁹ Décision du Défenseur des droits, 9 mai 2019, n°2019-077.

¹⁷⁴⁰ « Le Défenseur des droits recommande au Président directeur général du centre de recherche scientifique de préciser les critères sur lesquels se fondent les jurys d'admission pour hiérarchiser les candidatures afin de lever toute suspicion de discrimination. » Décision du Défenseur des droits, 3 juillet 2020, n°2020-117.

¹⁷⁴¹ Décision du Défenseur des droits, 18 décembre 2018, n°2018-295.

¹⁷⁴² Décision du Défenseur des droits, 30 novembre 2017, n°2017-336.

de couleurs ou d'origine étrangère, ne sont pas gardées ou sont vivement poussées à partir de la rédaction, voir virées »¹⁷⁴³.

Le Défenseur des droits a également été saisi pour évaluer la conformité de certaines dispositions des accords collectifs, notamment concernant l'octroi par voie conventionnelle du bénéfice de congés supplémentaires par enfant à charge au profit des seules mères salariées¹⁷⁴⁴ ou encore du bénéfice des congés pour événements familiaux aux seuls salariés mariés¹⁷⁴⁵.

B) La diversité sous le prisme de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

370. **Le fonctionnement de la CNIL.** La CNIL, en tant que régulateur des données personnelles, accompagne les professionnels dans leur mise en conformité avec les dispositions du RGPD et répond aux demandes des particuliers et des professionnels. Il exerce un rôle multiple : informer, conseiller, anticiper mais aussi contrôler et sanctionner en cas de manquements constatés¹⁷⁴⁶. Dans le cadre de son pouvoir de contrôle et de sanction, la Cnil peut prononcer un avertissement, mettre en demeure l'entreprise, limiter temporairement ou définitivement un traitement, suspendre les flux de données, ordonner de satisfaire aux demandes d'exercice des droits des personnes, ordonner la rectification, la limitation ou l'effacement des données ou encore prononcer une amende administrative¹⁷⁴⁷. Lorsqu'une sanction est prononcée, l'organisme mis en cause dispose d'un délai de deux mois pour former un recours devant le Conseil d'État contre la décision de la CNIL. Quant à la relation de la CNIL avec la médiation, en 2020, la CNIL s'est associée avec le médiateur des entreprises afin d'aider les acteurs économiques faisant face à des difficultés d'application du RGPD dans leurs relations contractuelles¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴³ Décision du Défenseur des droits, 18 décembre 2018, n°2018-295.

¹⁷⁴⁴ Délibération de la HALDE, 15 septembre 2008, n°2008-192, délibération de la HALDE, 21 décembre 2009, n°2009-425 et délibération de la HALDE, 1^{er} mars 2010, n°2010-84.

¹⁷⁴⁵ Délibération de la HALDE, 11 février 2008, n°2007-366.

¹⁷⁴⁶ CNIL (page officielle), *Missions*, <https://www.cnil.fr/les-missions-de-la-cnil>, CNIL, Feuille de route stratégique 2019-2021, <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-feuille-de-route-strategique-2019-2021.pdf>.

¹⁷⁴⁷ Cnil, *La Cnil en bref. Protéger les données personnelles, accompagner l'innovation, préserver les libertés individuelles*, Rapport, 2019.

¹⁷⁴⁸ Le Médiateur des entreprises, placé auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, intervient dès lors que des difficultés apparaissent dans la relation client - fournisseur, l'application d'une clause contractuelle, le déroulement et l'interruption ou la résiliation d'un contrat (privé ou marché public). Cnil, *Le médiateur des entreprises et la CNIL s'associent pour résorber les différends dans les relations contractuelles*, 16 sept. 2020, <https://www.cnil.fr/fr/le-mediateur-des-entreprises-et-la-cnil-sassocient-pour-resorber-les-differends>.

Le pouvoir de délibération de la CNIL. Bien que la CNIL ne dispose pas du même statut que le Défenseur des droits, ses délibérations ont une portée juridique considérable, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre des démarches de diversité en entreprise. Le lien entre la lutte contre les discriminations et le traitement de données est encore plus visible par la collaboration de ces deux institutions, le Défenseur des droits et la CNIL, à plusieurs reprises et plus particulièrement au sujet de la diversité à travers la publication du guide méthodologique « Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances »¹⁷⁴⁹. En effet, comme nous l'avons constaté au cours du chapitre 6, la question de la protection des données personnelles est centrale pour la possibilité de « mesurer » la diversité et assurer son effectivité. La CNIL est saisie en matière de diversité notamment pour donner son autorisation de mise en œuvre d'un dispositif de traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle¹⁷⁵⁰. Les requérants sont des entreprises ou organismes

¹⁷⁴⁹ CNIL, Défenseur des droits, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances. Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, mars 2012 (actualisé en 2020). D'autres exemples de collaboration entre les deux institutions : Défenseur des droits, CNIL, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, mai 2020 et CNIL, CSA, Défenseur des droits, Hadopi, *Kit pédagogique du citoyen numérique*, 18 janvier 2021.

¹⁷⁵⁰ Délibération n°2011-064 du 3 mars 2011 autorisant la société RANDSTAD à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle, Délibération n°2011-065 du 3 mars 2011 autorisant la société CASINO SERVICES à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle, Délibération n°2011-159 du 26 mai 2011 autorisant la société AREVA à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle, Délibération n°2011-187 du 23 juin 2011 autorisant la société RANDSTAD IN HOUSE (RIS) à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle, Délibération n°2011-191 du 23 juin 2011 autorisant la société JBM BUREAU MEDICAL à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle, Délibération n°2011-340 du 13 octobre 2011 autorisant la société BOUYGUES TELECOM à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié aux discriminations, Délibération n°2011-405 du 15 décembre 2011 autorisant la société ROBERT HALF à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle, Délibération n°2012-153 du 2 mai 2012 autorisant la société Bouygues Bâtiment international à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations, Délibération n°2012-154 du 2 mai 2012 autorisant l'Association de moyens D&O à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations, Délibération n°2012-223 du 5 juillet 2012 autorisant l'école de management de Strasbourg (EM Strasbourg) à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations, Délibération n°2012-224 du 5 juillet 2012 autorisant la société nationale des chemins de fer français (SNCF) à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle, Délibération n°2012-313 du 13 septembre 2012 autorisant la société TF1 SA à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations, Délibération n°2012-314 du 13 septembre 2012 autorisant la société BNP PARIBAS SA à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations, Délibération n°2012-406 du 15 novembre 2012 autorisant l'établissement public Caisse des Dépôts et Consignations à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations, Délibération n°2013-065 du 7 mars 2013 autorisant VEOLIA

qui, soit détiennent, soit candidatent pour obtenir le Label Diversité. Cette demande est liée au cahier des charges du Label Diversité, préconisant notamment la mise en place d'outils permettant d'« identifier les plaintes et réclamations internes ou externes » et, de manière générale, d'assurer la traçabilité des signalements. La thématique de la diversité ou de la lutte contre les discriminations ne faisant pas partie du champ d'application des alertes qui permettent ce traitement des données par la CNIL¹⁷⁵¹, cette dernière doit procéder à une analyse spécifique au regard des principes relatifs à la protection des données à caractère personnel. Pour la CNIL, l'utilisation du dispositif d'alerte doit rester facultatif et complémentaire aux voies légales de réclamation des salariés, dans le respect de la confidentialité des données collectées ; les destinataires de ces données sont toujours identifiés et en nombre limité (il s'agit des personnes chargées de la mission de diversité en entreprise) ; son utilisation abusive peut par ailleurs exposer son auteur à des sanctions disciplinaires ou encore à des poursuites disciplinaires.

Selon les cas, elle apporte également des clarifications spécifiques sur la collecte des données : la Commission relève que seul le critère général de discrimination supposée sera collecté, à l'exclusion de toute précision telle que, par exemple, « le rite religieux observé, la nature d'une pathologie ou la dénomination d'un syndicat », et précise que les communications téléphoniques ne peuvent être enregistrées¹⁷⁵². Dans ces cas et sous ces conditions précises, la

ENVIRONNEMENT à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte dédié à la lutte contre les discriminations, Délibération n°2013-300 du 10 octobre 2013 autorisant la mairie de Grenoble à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié au traitement des cas de discrimination et de harcèlement, Délibération n°2014-069 du 30 janvier 2014 autorisant la société AXA France VIE à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations, Délibération n°2014-092 du 13 mars 2014 autorisant l'Union Économique et Sociale VEOLIA EAU-COMPAGNIE GENERALE DES EAUX à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié au traitement des cas de discrimination, Délibération n°2016-030 du 11 février 2016 modifiant la délibération n°2013-093 du 11 avril 2013 autorisant le ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, le ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, et le ministère de la ville, de la jeunesse et des sports, à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte dédié aux discriminations.

¹⁷⁵¹ Conformément à la Délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle. Le champ d'application de cette autorisation est restreint aux seules alertes en matière comptable, bancaire, financière, de lutte contre la corruption et de pratiques anticoncurrentielles.

¹⁷⁵² Délibération n°2013-381 du 5 décembre 2013 autorisant la société JLO Conseil à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle et Délibération n°2013-382 du 5 décembre 2013 autorisant la société JLO COM'RH à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Commission finit par autoriser l'utilisation de ce dispositif puisque celui-ci s'inscrit « dans le cadre des textes internationaux, européens et nationaux afférents à la prévention des discriminations, à l'égalité des chances et à la promotion de la diversité dans le domaine de la gestion des ressources humaines ».

La CNIL peut également sanctionner les entreprises qui ne respectent pas la protection des données sensibles et traitent de telles données en dehors des cas permis par la loi, une divulgation ou un usage non conforme des données pouvant conduire à des comportements discriminatoires. Par exemple, une sanction de trente-mille euros a été infligée à la société TYCO HEALTHCARE France pour avoir intégré des données sensibles des salariés dans un traitement comprenant des fonctionnalités plus larges que celles prévues par la loi¹⁷⁵³.

371. **Conclusion.** Les modes alternatifs de règlement des conflits ont sans doute progressé depuis la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁷⁵⁴. Toutefois, certains auteurs tiennent à signaler les dangers du recours à ces modes de règlement de conflits pour des thématiques comme la lutte antidiscriminatoire ou le harcèlement. Ils craignent que certains employeurs ne préfèrent orienter les procès vers la médiation ou l'arbitrage en assurant la confidentialité de leurs comportements répréhensibles et en évitant des condamnations publiques susceptibles de générer des conséquences commerciales importantes¹⁷⁵⁵. La crainte d'une condamnation publique constitue un réel levier d'incitation pour changer de comportement, respecter la législation et faire évoluer les mentalités au sein de l'entreprise.

Section 2. Les conséquences du manquement aux engagements issus d'un instrument de soft law

372. La valeur normative des instruments de soft law peut être, comme nous l'avons démontré, très différée. L'absence de force contraignante rend difficile l'appréciation de l'effectivité des instruments de droit souple, ceux-ci disposant d'un certain effet moral ou politique mais pas toujours juridique. La question se pose avec davantage d'intensité en cas de

¹⁷⁵³ Délibération n°2006-281 du 14 décembre 2006.

La société a contesté la décision de la CNIL devant le Conseil d'État, sans réussite : CE 7 août 2008, n°304466, inédit au recueil Lebon.

¹⁷⁵⁴ Loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Dans son titre II elle prévoit la favorisation des modes alternatifs de règlement des différends.

¹⁷⁵⁵ Maude Beckers, *op.cit.*, p. 133.

manquement aux engagements de droit souple et au sujet des conséquences de cet éventuel manquement. La solution se trouve souvent dans les « emprunts d'obligatorité »¹⁷⁵⁶ : ceci peut se traduire par la reconnaissance légale ou juridictionnelle de la valeur juridique de la norme. Par reconnaissance légale, on se réfère à la légitimation par le biais d'une qualification juridique qui peut prendre plusieurs formes et émaner de divers acteurs. En droit du travail, citons notamment l'employeur qui, par le biais du règlement intérieur ou d'un engagement unilatéral, peut transformer un engagement d'origine souple en engagement bien contraignant pour lui-même et les salariés (paragraphe 2). Quant à la reconnaissance juridictionnelle, il s'agit de la prise en compte des instruments de soft law par le juge (paragraphe 1). Par son intervention, le juge contrôle les dispositions de soft law, tout en leur accordant une certaine légitimité. Toutefois, il ne faut pas confondre ces « emprunts d'obligatorité » avec une transformation du droit souple en droit dur, qui doit être évitée : « pour que le système bâti autour des recommandations de bonne pratique respire dans la durée, il faut que leur valeur reste provisoire et non contraignante, que ces recommandations puissent être périodiquement revues selon des modalités plus ou moins souples »¹⁷⁵⁷.

Paragraphe 1. La légitimation des instruments de droit souple par la voie juridictionnelle

373. En droit souple, une diversité particulière caractérise les sanctions encourues et les acteurs pouvant les infliger. Les effets de la mise en place d'un instrument de *soft law* peuvent prendre différentes formes, qu'il s'agisse des sanctions en cas de non-respect ou des récompenses liées à la mise en œuvre d'un instrument de droit souple¹⁷⁵⁸. Ce phénomène montre que « le législateur joue sur la frontière séparant l'incitation et l'obligation, c'est-à-dire celle qui distingue la sanction de la récompense »¹⁷⁵⁹. Toutefois, cette originalité et souplesse normative n'a pas empêché l'intervention du juge. La prise en considération de la *soft law* par

¹⁷⁵⁶ François Tulkens, Sébastien van Drooghenbroeck, « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour Européenne des droits de l'homme », In *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Pierre Bauthier, Eric Balate, Louis Van Bunnin et al., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 511.

¹⁷⁵⁷ Frédéric Tiberghien, « Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi », *AJDA*, 2019, p. 702.

¹⁷⁵⁸ Art. L.422-4 et L422-5 CSS. Par exemple, le système de *bonus-malus* est parfois utilisé dans le cas de la prévention des risques professionnels, où la caisse régionale impose une cotisation supplémentaire aux entreprises qui n'ont pas respecté les engagements prévus par la loi, ou accorde des avances aux entreprises qui souscrivent aux conditions de la convention d'objectifs.

V. aussi Françoise Bousez, Arnaud Martinon, « Les sanctions en droit du travail. De la pluralité des autorités à la diversité des sanctions », In *Les sanctions en droit contemporain, volume 1 : la sanction, entre technique et politique*, Cécile Chainais, Dominique Fenouillet (dirs), Paris, Dalloz, 2012, p. 423.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*

le juge a été lente mais progressive. On s'est aperçu que les instruments du droit souple ne peuvent échapper au contrôle juridictionnel en raison de leur valeur normative différée. L'intervention du juge sert en même temps comme moyen de contrôle et de légitimation du droit souple et son interprétation peut se révéler décisive pour l'avenir d'une norme *soft law* (A). Les instruments de droit souple, en matière de diversité, n'ont pas échappé non plus à ce contrôle. On les retrouve périodiquement dans l'argumentation judiciaire (B).

A) L'intervention du juge en matière du droit souple

374. **Droit international et européen.** L'intervention du juge au niveau international et européen peut avoir plusieurs objectifs et conséquences quant au contrôle des dispositions de *soft law*. Une distinction doit être opérée à ce niveau entre l'appréciation du droit souple international et européen par le juge international, ou européen et par le juge national. Concernant la réception des dispositions de *soft law* par les juges internationaux et européens, il semble que la Cour internationale de Justice, la CEDH et la Cour de justice de l'Union européenne emploient le *soft law* international des droits de l'homme « quand il leur permet de mieux interpréter des normes ouvertes »¹⁷⁶⁰. Cet emploi se traduit par des références, dans de nombreuses affaires, au *soft law* international, par exemple à des observations générales des comités ou aux résolutions de différents organes des Nations Unies¹⁷⁶¹. Ces références servent notamment comme outils d'interprétation et de définition. Ainsi, la CEDH s'est servie des différents textes provenant des Nations Unies comme des observations générales du Comité des droits de l'homme des Nations Unies¹⁷⁶². Encore plus nombreux sont les exemples des renvois et références aux instruments de *soft law* issus du Conseil de l'Europe, et plus précisément aux recommandations issues du Comité des ministres¹⁷⁶³.

Quant à la Cour de Justice de l'Union européenne, elle s'est également prononcée sur la place des instruments de *soft law* dans son argumentaire. En ce qui concerne les recommandations de la Commission, l'arrêt *Grimaldi* précise que ces actes ne visent pas à produire des effets

¹⁷⁶⁰ Frédéric Vanneste, « Le *soft law* du droit international des droits de l'homme, dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne » In *Les sources du droit revisitées, Volume 1 : normes internationales et constitutionnelles*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 117.

¹⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 118-119.

¹⁷⁶² CEDH, 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*, req. n°50385/99, §29.

¹⁷⁶³ Par exemple CEDH, 7 février 2006, *D.H. et autres c. République tchèque*, req. n°57325/00, §53 (Recommandation n°R (2000) 4 du Comité des Ministres aux États membres sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe), CEDH, 2 novembre 2006, req. n°71498/01 (Recommandation Rec(2004)6 du Comité des Ministres sur l'amélioration des recours internes).

contraignants et ne créent pas de droits invocables par les particuliers devant une juridiction nationale. D'un autre côté, ces actes « ne peuvent être considérés [...] comme dépourvus de tout effet juridique. En effet, les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur seront soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant »¹⁷⁶⁴.

375. En ce qui concerne la position du juge national face aux dispositions du droit souple européen et international, le Conseil d'État a été saisi en 2019 au sujet des possibilités de recours face aux orientations émises par une autorité européenne de surveillance : par son arrêt du 4 déc. 2019, le Conseil d'État a sursis à statuer sur la requête présentée par la Fédération bancaire française, jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur les possibilités de, premièrement, former un recours en annulation contre les orientations émises par une autorité européenne et, deuxièmement, contester, par la voie de l'exception, la validité desdites orientations¹⁷⁶⁵.

La position du Conseil d'État. En 2013, le Conseil d'État consacre son étude annuelle au droit souple. Son positionnement est clair : le juge administratif ne peut ignorer le droit souple au seul motif que celui-ci n'engendre pas d'obligations ; à l'inverse il s'agit d'un mode de régulation qui ne doit pas échapper au contrôle juridictionnel¹⁷⁶⁶. La prise en compte du droit souple par les juges a par la suite été consacrée par les affaires *Fairvesta* et *Numericable* du Conseil d'État qui, en 2016, a élargi le champ du recours pour excès de pouvoir en admettant le contrôle de légalité d'actes de droit souple émanant des autorités de régulation¹⁷⁶⁷. Suivant l'esprit de la jurisprudence *Fairvesta*, le Conseil d'État a pris une décision similaire en 2019,

¹⁷⁶⁴ CJCE, 13 déc. 1989, *Grimaldi*, aff. C-322/88.

¹⁷⁶⁵ CE 4 déc. 2019, n°415550, Recueil Lebon.

¹⁷⁶⁶ Conseil d'État, Étude annuelle 2013 : Droit souple, 2 oct. 2013, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>, Pascale Deumier, « Quand le droit souple rencontre le juge dur », *RTD civ.*, 2016, p. 571.

¹⁷⁶⁷ CE 21 mars 2016, req. nos 368082, 368083 et 368084, *Fairvesta*, CE 21 mars 2016, req. n°390023, *Numericable*. Les autorités de régulation concernées à ces affaires étaient l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de la concurrence. Les actes pouvant faire l'objet d'un recours comprennent les actes « de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ». V. aussi, Marie-Christine de Montecler, « Le droit souple entre dans le prétoire », *D. act.*, 23 mars 2016, Pascale Deumier, *op.cit.*, p. 571.

en reconnaissant que le juge peut prononcer une injonction à une autorité administrative pour qu'elle mentionne qu'un acte de droit souple figurant sur son site internet a été abrogé. Le raisonnement de la décision est également intéressant, démontrant la façon dont la Haute juridiction appréhende les dispositions de droit souple : bien que dépourvue d'effets juridiques, « cette recommandation, prise par une autorité administrative, consultable sur internet et relayée par les associations de défense des consommateurs, a eu pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des fabricants et des distributeurs des produits cosmétiques destinés aux enfants de moins de trois ans, ainsi que sur les comportements de consommation des personnes responsables de ces enfants, et est également de nature à produire des effets notables»¹⁷⁶⁸. La production des « effets notables » semble être un critère important pour le Conseil d'État, en ce qui concerne la possibilité de recourir contre une disposition de soft law¹⁷⁶⁹.

Quant à la procédure à suivre, l'arrêt *GDF Suez*¹⁷⁷⁰, rendu quelques mois après les arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, apporte des précisions sur le délai de recours contre un acte de droit souple : dans un effort de simplicité, le juge a pris l'initiative d'aligner les actes de droit souple sur les actes réglementaires, en transposant le délai de deux mois, prévu par l'article R.421-1 du Code de Justice administrative.

La jurisprudence du Conseil d'État en la matière montre que malgré la nature juridique des dispositions de droit souple, celles-ci produisent des effets bien concrets justifiant l'intervention du juge.

376. Responsabilité civile-caractérisation du comportement fautif par le juge.

L'intervention du juge ne se limite pas à la jurisprudence administrative. Le juge civil a également pris position quant à la place du droit souple. Par exemple, dans une affaire de 2019 où une recommandation de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé (HAS) était en cause, le TCI de Rennes puis le juge de cassation ont précisé qu'une recommandation ne peut servir de base légale au refus d'une prestation d'aide sociale¹⁷⁷¹. Toutefois, cette position n'empêche

¹⁷⁶⁸ CE 4 déc. 2019, n°416798. Voir aussi Marie-Christine de Montecler, « Injonction de faire connaître l'abrogation d'un acte de droit souple », *D. act.*, 12 déc. 2019.

¹⁷⁶⁹ Nous retrouvons le même raisonnement centré sur « les effets notables » des actes de droit souple aux arrêts *Fairvesta* et *Numericable*, ainsi qu'aux arrêts CE 13 juillet 2016, n°388150, CE 10 novembre 2016, n°384691, TA Grenoble, 26 mars 2018, n°1600360, CE 16 octobre 2019, n°433069.

¹⁷⁷⁰ CE 13 juillet 2016, n°388150, Recueil Lebon. Voir aussi Fabrice Melleray, « Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple », *AJDA*, 2016, p. 2119.

¹⁷⁷¹ TCI de Rennes, 12 sept. 2014, n°532013001022HM, Cass., 2^e civ., 8 novembre 2018, n°17-19.556, obs. Frédéric Tiberghien, *op.cit.*, p. 702.

pas le juge judiciaire de faire usage des normes de *soft law*, notamment pour interpréter ou combler les lacunes d'une norme légale. Un exemple caractéristique est l'utilisation du droit souple en matière de responsabilité civile. En effet, le juge peut être appelé à se référer à des dispositions du droit souple, qu'il s'agisse de chartes éthiques, de codes de conduite ou d'autres textes, pour caractériser un comportement fautif : même si l'auteur du dommage n'a pas enfreint de règle impérative légale ou réglementaire, le juge peut lui imputer une faute en se fondant sur le non-respect d'un instrument de *soft law*¹⁷⁷². Un exemple jurisprudentiel commun est celui du non-respect du code d'éthique ou de déontologie de certaines professions, qui peut engager la responsabilité du mis en cause lorsqu'un lien de causalité entre la violation déontologique et le dommage subi est établi¹⁷⁷³. D'un autre côté, le juge peut exercer un contrôle sur la norme de *soft law* elle-même, comme en témoigne une décision du TGI de Versailles de 2004¹⁷⁷⁴, où était en cause l'opposabilité d'un code d'éthique au sein d'un groupe multinational : ce code contenait des principes pouvant être caractérisés comme de véritables additions au règlement intérieur de l'entreprise, comme par exemple l'obligation pour les salariés d'informer l'entreprise si le conjoint ou un membre de la famille des salariés est impliqué dans une activité concurrente. Pour les juges de première instance, ce document est dénué de valeur juridique et inopposable aux salariés.

Toujours dans le domaine de la responsabilité civile, le juge peut se fonder sur des dispositions de *soft law* pour évaluer la réparation d'un dommage. Un exemple caractéristique est celui de la nomenclature *Dintilhac*, qui opère une distinction entre préjudices physiques et psychologiques, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, temporaires et permanents¹⁷⁷⁵. Cette nomenclature, issue d'un groupe de travail présidé par le magistrat Jean Pierre Dintilhac en 2005, est un instrument de *soft law* qui, malgré sa nature de droit souple, est utilisé constamment par les juges afin de calculer la réparation d'un dommage. Son utilité prouvée, la nomenclature a inspiré le législateur et on en retrouve des traces dans la loi du 21 décembre 2006 concernant les tiers payeurs en matière de sécurité sociale¹⁷⁷⁶. La circulaire du 22 février 2007 a même

¹⁷⁷² Lucien Maurin, « Le droit souple et la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p. 517.

¹⁷⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁷⁴ TGI de Versailles, 4^{ème} ch., 14 juin 2004, CCE Schindler et FTM CGT contre Schindler SA, obs Meyer, *Dr. ouvr.* 2004, p. 473.

¹⁷⁷⁵ Jean-Pierre Dintilhac opère une distinction de nature entre la nomenclature et le barème : la nomenclature permet de disposer d'une liste énumérant tous les préjudices afin d'éviter tout oubli de l'une des conséquences du dommage. Les barèmes appliqués aux indemnités permettent de limiter le montant de la réparation dans une optique de prévisibilité et de simplicité. Jean-Pierre Dintilhac, « Entre formalisation et prévisibilité : des nomenclatures aux barèmes. Introduction », In *Le droit mis en barème*, Isabelle Sayn (dir.), Paris, Dalloz, 2014, p. 224, Lucien Maurin, *op.cit.*

¹⁷⁷⁶ Loi de financement de la sécurité sociale du 21 décembre 2006, n°2006-1640, v. aussi Lucien Maurin, *op.cit.*

invité les magistrats à y recourir en la matière¹⁷⁷⁷. Nous constatons par conséquent qu'un instrument dépourvu de valeur législative ou réglementaire peut très bien acquérir une force contraignante par la voie juridictionnelle : la nomenclature acquiert une force contraignante du fait de son application par la jurisprudence, dont la force obligatoire est incontestable¹⁷⁷⁸.

377. **Droit souple et droit du travail.** L'on retrouve cet effort de contrôle juridictionnel de droit souple en droit de travail. L'administration et le juge peuvent intervenir pour contrôler la licéité des dispositions d'un code de conduite lorsqu'ils considèrent, par exemple, que celles-ci portent atteinte aux droits et libertés des salariés : ainsi, par rapport à une clause interdisant les relations personnelles et amoureuses entre collaborateurs, l'inspection du travail peut intervenir et retirer les dispositions litigieuses du code de conduite sur le fondement de l'article L.1121-1 du Code du travail¹⁷⁷⁹ ; il en va de même pour les clauses d'un code de conduite qui soumettent la diffusion d'informations non confidentielles qualifiées « à usage interne » à une autorisation préalable de leur auteur (la direction), sans en donner une définition précise permettant de contrôler que cette restriction à la liberté d'expression est justifiée¹⁷⁸⁰.

B) Les instruments RSE et diversité dans l'argumentation judiciaire

378. La thématique de la diversité et de ses instruments RSE n'est pas sans susciter l'attention du juge, d'autant qu'en 2020, le Conseil d'État et la juridiction administrative ont obtenu le Label Diversité. Il s'agissait là de la première fois qu'une institution de la sphère juridique a été labellisée¹⁷⁸¹.

La Cour d'appel s'est déjà prononcée sur la portée des instruments RSE diversité dans l'argumentation judiciaire : l'octroi du label¹⁷⁸² ou la signature de la charte¹⁷⁸³ ne constituent pas une garantie de la conformité de l'entreprise aux exigences légales en matière de non-discrimination, et les entreprises peuvent tout à fait être condamnées pour discrimination malgré

¹⁷⁷⁷ Lucien Maurin, « Le droit souple et la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p. 517.

¹⁷⁷⁸ Hugues Adida-Canac, « Le contrôle de la nomenclature *Dintilhac* par la Cour de cassation », *D.*, 2011, p. 1497.

¹⁷⁷⁹ CA Angers, 31 mars 2015, n°13/01949.

¹⁷⁸⁰ Cass. soc.8 déc. 2009, n°08-17.191, publié au bulletin.

¹⁷⁸¹ « Diversité : le Conseil d'État et les juridictions administratives labellisés », 12 février 2020, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/diversite-le-conseil-d-etat-et-les-juridictions-administratives-labellises>.

¹⁷⁸² CA de Paris, 5 mai 2010, n°08/08694.

¹⁷⁸³ CA de Toulouse, 19 février 2010, n°08/06630.

le fait qu'elles aient procédé à ces démarches¹⁷⁸⁴. Bien que les effets juridiques des instruments RSE soient souvent contestés, ceci ne signifie pas que les parties signataires ne prennent pas un engagement et que celui-ci ne peut apparaître dans l'argumentation judiciaire. En effet, « si la nature d'une charte n'est pas déterminée, il n'en reste pas moins que le juge peut tenir compte de l'existence d'une charte pour fonder sa décision »¹⁷⁸⁵. La question se pose notamment par rapport au licenciement et au fait de savoir si le juge peut en tenir compte pour considérer un licenciement justifié ou non : « lorsque l'entreprise possède une charte ou un code éthique, le juge peut les retenir pour asseoir avec plus de certitude la responsabilité ou la faute du salarié, constituer le salarié de mauvaise foi et justifier un licenciement. Pourtant il ne semble pas que l'on puisse trouver dans le manquement à des dispositions d'une charte éthique, des motifs réels et sérieux de licenciement qui soient autonomes par rapport à ceux déjà reconnus par la jurisprudence »¹⁷⁸⁶. En effet, dans les arrêts abordant la Charte de la Diversité ou le Label, le fondement peut se trouver dans le droit positif de la non-discrimination et l'existence de l'instrument RSE joue plutôt le rôle d'un indice complémentaire ou d'un argument pour la défense de l'employeur ou du salarié.

379. L'argumentation judiciaire concernant la Charte de la Diversité : dans le contentieux relatif aux discriminations au travail, la signature de la Charte est souvent utilisée comme un argument en faveur de l'entreprise accusée de discrimination. Comme nous l'avons déjà relevé, la diversité dans l'entreprise n'exclut pas l'existence de discriminations et, à l'inverse, l'absence de discriminations n'est pas toujours accompagnée d'une main d'œuvre diversifiée. Cependant, les deux notions sont étroitement liées aux yeux de l'opinion publique et sous le prisme juridique. La signature de la Charte de la diversité, bien qu'elle n'entraîne pas des engagements contraignants, constitue un signe de l'effort de l'entreprise en vue de lutter contre les discriminations et promouvoir la diversité. Dans une série d'arrêts de la Cour d'appel, l'on constate que la signature de la Charte constitue soit un indice supplémentaire en faveur de l'entreprise accusée d'avoir commis des discriminations, soit un indice supplémentaire au service de l'argumentaire de l'entreprise ayant prononcé un licenciement pour faute en raison d'un comportement discriminatoire contesté par le salarié accusé.

¹⁷⁸⁴ Position également adoptée par le défenseur des droits, voir ci-dessus Décision du Défenseur des droits, 18 décembre 2018, n°2018-295.

¹⁷⁸⁵ Nadège Caussé, *La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français : contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 187.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 190.

Concernant la première catégorie, dans un arrêt de 2009¹⁷⁸⁷, concernant une violation du statut protecteur et une demande de dommages-intérêts pour discrimination raciale, la Cour d'appel, dans son argumentaire, souligne que la signature de la Charte de la Diversité, la mise en place d'une cellule de réflexion sur la diversité et le recrutement dans l'entreprise de travailleurs d'origine étrangère constituent des circonstances qui « entraînent nécessairement une présomption favorable à l'employeur dans le domaine de la lutte contre la discrimination » mais qui « sont insuffisantes à le mettre à l'abri, a priori, de tout reproche à cet égard ». Le même argument apparaît dans un arrêt de la Cour d'appel de 2012¹⁷⁸⁸, à propos d'une demande de requalification de CDD d'usage successifs et d'une demande de dommages-intérêts pour discrimination raciale ; en l'espèce, la société Radio France (l'employeur) réfute l'argumentation développée par l'appelante et ajoute « que la société a démontré depuis plusieurs années sa volonté de lutter contre toutes les formes de discrimination et a signé la Charte de la Diversité ». Enfin, un arrêt de 2013 suit la même voie¹⁷⁸⁹ : était ici concernée une contestation de licenciement pour insuffisance professionnelle : la salariée présente une demande de dommages-intérêts du fait de la discrimination raciale et l'entreprise, après avoir présenté des arguments démontrant l'insuffisance professionnelle de la salariée, ajoute qu'elle a « par ailleurs adhéré à la Charte de la Diversité » pour renforcer sa position antidiscriminatoire.

Quant au licenciement pour faute en raison de comportements discriminatoires, dans un arrêt de 2012¹⁷⁹⁰ relatif à une contestation de licenciement pour faute grave, la société argue que le salarié licencié avait été alerté sur son comportement et « a été formé pendant 42 heures et sensibilisé sur la Charte de la Diversité et les principes éthiques du groupe. » Enfin, un arrêt de 2014¹⁷⁹¹ nous apprend que la Charte de la Diversité est même apparue dans l'argumentaire d'un licenciement pour faute grave, la lettre de licenciement énonçant que « ces propos racistes, violents et répétés violent la Charte de la Diversité à laquelle adhère l'entreprise », argument que l'on retrouve également dans un arrêt de la Cour d'appel de 2015¹⁷⁹².

¹⁷⁸⁷CA de Paris, pôle 06 ch. 08, 3 décembre 2009, n°07/04887.

¹⁷⁸⁸CA de Toulouse, ch. 04 sect.01, ch. sociale, 27 juin 2012, n°10/06071.

¹⁷⁸⁹CA de Douai, ch. sociale, 31 mai 2013, n°12/03486.

¹⁷⁹⁰CA de Grenoble, ch. sociale, 4 octobre 2012, n°10/05134.

¹⁷⁹¹CA d'Orléans, ch. sociale, ch.des Prud'hommes, 8 avril 2014, n°255/14.

¹⁷⁹² « La teneur et les propos de ces messages sont tout à fait inadmissibles et injurieux et totalement irrespectueux. Ils constituent à eux seuls une faute grave. Ce que nous jugeons inadmissibles dans une entreprise signataire de la charte de la diversité et au sein de laquelle œuvrent de nombreux salariés issus de l'immigration. », CA de Paris, 29 sept. 2015, n°13/03196.

380. **L'argumentation judiciaire concernant le Label Diversité.** La jurisprudence montre que les entreprises labellisées invoquent l'obtention du Label comme moyen de défense complémentaire face aux accusations de discrimination, tout comme les entreprises ayant signé la Charte de la Diversité. Dans un arrêt de la Cour d'appel de 2011¹⁷⁹³ concernant la demande en nullité d'un licenciement pour discrimination fondée sur l'âge et le sexe, l'employeur, General Electric, interjette appel et présente une série d'arguments parmi lesquels figure le fait que la société est titulaire du Label Diversité. Un autre arrêt de la Cour d'appel de mai 2017¹⁷⁹⁴ concerne le cas d'un salarié qui demande des dommages-intérêts pour harcèlement moral à la suite d'un graffiti représentant une croix gammée et figurant sur son casier, l'employeur étant accusé d'inertie. En complément d'autres arguments, la Cour d'appel constate : « il convient de relever que le groupe Suez Environnement, auquel appartient la société Netrel Collectivité, bénéficie depuis juillet 2014 du label Diversité attribué aux entreprises mettant en place des actions contre la discrimination, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité dans le cadre de la gestion des ressources humaines. » Le salarié est débouté de sa demande de dommages-intérêts. Enfin, le Label figure dans une lettre de licenciement dans un arrêt de la Cour d'appel du février 2017¹⁷⁹⁵. En l'espèce, l'employée a insinué qu'elle a été discriminée en raison de sa culture et de ses origines, et l'employeur écrit ces propos dans sa lettre de licenciement : « doit-on vous rappeler que la philosophie de la Maison de l'Emploi nous a conduits à nous engager dans un combat pour l'égalité des chances et la lutte contre la discrimination. Nous avons d'ailleurs obtenu le « Label Diversité » pour l'efficacité de notre politique de promotion de la diversité et de prévention des discriminations au travail ».

381. **Conclusion.** L'appréciation des instruments de soft law devant le juge acquiert une place de plus en plus importante avec la multiplication des instruments de droit souple au sein des entreprises. Sans prétendre que ces instruments de droit souple occupent une place centrale dans l'argumentaire juridique des litiges antidiscriminatoires, ils y contribuent et alimentent cet argumentaire. Le Label et la Charte de la Diversité constituent ainsi des manifestations de la politique antidiscriminatoire de l'entreprise. Ils peuvent donc être contrôlés, mis en avant ou utilisés comme indices devant le juge.

¹⁷⁹³CA de Versailles, 6ème ch., 8 novembre 2011, n° 10/04554.

¹⁷⁹⁴CA de Douai, ch. soc., 31 mai 2017, n° 15/03105.

¹⁷⁹⁵CA de Montpellier, 4ème ch. soc., Section B, 8 février 2017, n° 13/06863.

Paragraphe 2. Les conséquences de la qualification juridique des instruments du droit souple

382. Comme nous l'avons relevé dans le chapitre 5, la multiplicité des normes qui interagissent en droit du travail découle de la création de phénomènes intéressants tels que la « juridicisation du non-droit », en raison de formes normatives qui ne répondent pas aux critères classiques de normativité mais qui en appellent de plus en plus souvent à la consécration juridique¹⁷⁹⁶. Selon M. Benoît Géniaut, la juridicisation (aussi appelée *juridification*) peut être définie comme la réception par le système juridique de normes ou catégories qui lui étaient extérieures¹⁷⁹⁷. Toutefois, ce chemin n'est pas toujours ouvert aux normes de droit souple. Leur consécration peut s'effectuer par leur rattachement à des actes juridiques disposant d'une force normative supérieure. Ce rattachement peut se réaliser de façon volontaire par l'employeur ou par le juge. En ce qui concerne les instruments de droit souple, il ne faut pas mettre l'accent sur l'énoncé ou le support mais plutôt sur le contenu de la norme¹⁷⁹⁸. Le droit souple peut intégrer la normativité traditionnelle si le juge considère que derrière une norme de soft law se cache une norme de droit dur et, par conséquent, des sanctions traditionnelles peuvent s'appliquer : la norme de droit souple sera alors assujettie au même régime de contrôle que l'acte juridique d'adoption. En effet, tel est l'exemple des chartes éthiques ou des codes de conduite qui s'intègrent au règlement intérieur de l'entreprise (A) et acquièrent ainsi une qualification différente, permettant l'intervention du juge et le prononcé de sanctions en cas de non-respect¹⁷⁹⁹. Il s'agit également des plans d'action entrepris par l'employeur dans l'objectif d'obtenir ou conserver le Label Diversité, se traduisant en engagements unilatéraux de l'employeur (B).

A) La diversité, potentielle thématique du règlement intérieur

383. Le règlement intérieur est un acte unilatéral de l'employeur, manifestation de son pouvoir réglementaire et opposable aux salariés. Les partenaires sociaux ne sont toutefois pas absents du processus, l'employeur étant tenu de consulter préalablement le comité social et

¹⁷⁹⁶ Valérie Lasserre, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 12.

¹⁷⁹⁷ Benoît Géniaut, « Densification normative et juridification. L'exemple des relations de travail », In *La densification normative. Découverte d'un processus*, Catherine Thibierge (Dir.) Paris, Mare & Martin, 2013, p. 508.

¹⁷⁹⁸ Brigitte Pereira, « Chartes et Codes de conduite : le paradoxe éthique », *La revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion*, 2008/2, n°230, p. 26, Fleur Laronze, « La densification normative de la norme privée selon le pluralisme juridique », In *La densification normative. Découverte d'un processus*, Catherine Thibierge (Dir.) Paris, Mare & Martin, 2013, p. 232.

¹⁷⁹⁹ Françoise Bousez, Arnaud Martinon, *op.cit.*, p. 419.

économique¹⁸⁰⁰, formalité substantielle à défaut de laquelle le règlement intérieur est inopposable aux salariés¹⁸⁰¹. L'employeur se trouve lui-même lié par cet acte unilatéral et ne peut prononcer une sanction autre que le licenciement sans s'appuyer sur le règlement intérieur¹⁸⁰². Les thématiques du règlement intérieur sont strictement énumérées par la loi et comprennent les mesures d'application de la réglementation en matière de santé, les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés et les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur¹⁸⁰³. Le règlement intérieur rappelle également les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés, ainsi que les dispositions relatives aux harcèlements moral et sexuel, et aux agissements sexistes¹⁸⁰⁴. Nous savons que le règlement intérieur peut également contenir une clause de neutralité, c'est-à-dire « des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché »¹⁸⁰⁵. Les agissements sexistes et la question de l'exercice de la liberté religieuse en entreprise sont des thématiques centrales du concept de diversité, un lien qui n'est pas passé inaperçu et qui montre que le règlement intérieur a un rôle à jouer dans la juridicisation de certains aspects de la diversité.

En effet, il est possible de constater une tendance de joindre au règlement intérieur des documents qui ont un lien direct ou indirect avec la diversité. Par exemple, la thématique de la diversité apparaît au sein de la Charte de fonctionnement, rattachée au Règlement intérieur du Conseil de développement de l'Eurométropole de Strasbourg de janvier 2019¹⁸⁰⁶ ; la Charte

¹⁸⁰⁰ Art. L.1321-4 C.tr.

¹⁸⁰¹ Cass. soc. 9 mai 2012, n°11-13.687 : *JurisData* n°2012-009413 ; *JCP S* 2012, 1416, note F. Bousez ; *RJS* 2012, n°633, Cass. soc. 11 févr. 2015, n°13-16.457 : *JurisData* n°2015-002251 ; *JCP S* 2015, 1148, note J.-B. Cottin. Sur l'inopposabilité aux salariés protégés : CE 20 mars 2017, n°391226 : *JurisData* n°2017-005214, *Dr. Soc.* 2017.571, obs. Mouly ; *RJS* 6/2017, n°450 ; *JCP S* 2017. 1172, obs. Kerbourc'h.

¹⁸⁰² Cass. soc. 26 oct. 2010, n°09-42.740, *D. act.*, 16 nov. 2010, obs. B. Ines ; *D.* 2010. 2652, et les obs. ; *RDT* 2010. 719, obs. A. Fabre ; *JS* 2015, n°159, p. 48, chron. N. Bourzat. S'il souhaite prononcer une autre sanction, il faut rapporter la preuve que le seuil d'effectif de l'entreprise est, au jour du prononcé de la sanction, habituellement resté inférieur à cinquante salariés pendant plus de douze mois : Cass. soc. 6 janvier 2021, n°19-14440, *D. act.*, 9 février 2021, obs. Atlan.

¹⁸⁰³ Art. L.1321-1 C.tr.

¹⁸⁰⁴ Art. L.1321-2 C.tr.

¹⁸⁰⁵ Art. L.1321-2-1 C.tr, créé par la Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, art.2, v. Ch.4.

¹⁸⁰⁶ Le Conseil de développement est une instance permanente de démocratie locale de l'Eurométropole de Strasbourg ayant pour but de développer le dialogue social et la participation citoyenne au sein de l'agglomération.

pour l'égalité entre les genres est annexée au règlement intérieur et au règlement des études de l'École nationale supérieure des Arts Décoratifs de Paris, qui font état de la nécessité de favoriser la diversité au sein de l'École¹⁸⁰⁷ ; la Charte de la laïcité et de la diversité du groupe Paprec fait partie du règlement intérieur de l'entreprise¹⁸⁰⁸ ; enfin, la charte éthique du groupe Groupama, dont le corpus de principes, ainsi que les conséquences de leur non-respect éventuel, sont détaillés dans le code de conduite annexé au règlement intérieur de chaque entreprise du groupe¹⁸⁰⁹.

384. Cet éventuel rapprochement des codes de conduite et des chartes éthiques du règlement intérieur a été déjà signalé par le Ministère du travail dans sa circulaire de 2008¹⁸¹⁰, où il était question du régime juridique et des modalités de contrôle administratif de ces instruments de *soft law*. Il convient de distinguer entre le document comportant des dispositions relevant du champ du règlement intérieur, le document comportant des dispositions étrangères au champ du règlement intérieur et, enfin, le document comportant les deux éléments¹⁸¹¹. Le premier sera soumis aux règles régissant le règlement intérieur (L.1321-4) ; le deuxième sera considéré comme un engagement unilatéral valable, dont les salariés de l'entreprise peuvent revendiquer l'application à leur profit ; pour la troisième hypothèse, une distinction devra être opérée entre les dispositions susceptibles d'intégrer le règlement intérieur et les dispositions n'appartenant pas aux thématiques relatives au règlement intérieur.

Concernant la première hypothèse, l'article L.1421-5 du Code du travail prévoit que « les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L. 1321-1 et L. 1321-2 sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérées comme des adjonctions à celui-ci. Ils sont, en toute hypothèse, soumis aux dispositions du présent titre ». La jurisprudence est intervenue également pour déterminer

La diversité fait ainsi figure d'objectif pour l'Eurométropole, qui vise à assurer une représentation de l'ensemble du territoire de vie et des habitants dans leur diversité, le respect de la diversité des citoyens et de leurs opinions. Conseil de développement de l'Eurométropole de Strasbourg, *Charte de fonctionnement et Règlement intérieur*, janvier 2019.

¹⁸⁰⁷ Charte pour l'égalité entre les genres et la lutte contre les discriminations liées au genre et à l'orientation sexuelle de l'EnsAD.

¹⁸⁰⁸ Charte de la laïcité et de la diversité du groupe Paprec du 11 février 2014,

<http://www.francegraphique.com/article/paprec-se-dote-d-une-charte-de-la-laicite-et-de-la-diversite,3959>.

¹⁸⁰⁹ Charte éthique du groupe Groupama, https://www.groupama.com/wp-content/uploads/2015/05/FR_Charte-éthique_2018.pdf

¹⁸¹⁰ Circulaire DGT 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

¹⁸¹¹ *Ibid.*, p. 11.

si une note de service, une charte ou autre document relèvent ou non du champ matériel du règlement intérieur¹⁸¹². À partir du moment où un document intègre le règlement intérieur et remplit ses critères, le régime juridique de celui-ci s'applique.

Dans l'hypothèse où la charte ne peut intégrer le règlement intérieur, elle sera perçue comme un engagement unilatéral de l'employeur. L'engagement unilatéral est une manifestation du pouvoir réglementaire de l'employeur, ayant force obligatoire. Par conséquent, les salariés peuvent s'en prévaloir. Comme tout engagement unilatéral, l'employeur ne peut s'engager qu'en termes d'avantages et non pas créer d'autres obligations. En tout état de cause, ces documents restent soumis aux dispositions du Code du travail et peuvent être contrôlés ou invoqués par l'administration ou le juge. Citons l'exemple de l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux qui, en 2008, reconnaît le bien fondé d'un licenciement pour manquement du salarié à son obligation de loyauté et pour non-respect des règles de fonctionnement interne en se fondant, parmi d'autres éléments, sur le fait que « le salarié connaissait parfaitement les exigences impératives de l'employeur en ce qui concerne les règles de confidentialité qui sont édictées dans une charte éthique très détaillée »¹⁸¹³. Le régime de l'engagement unilatéral s'appliquera : ainsi, par exemple, en présence de la Charte, ayant valeur d'engagement unilatéral, et d'un accord diversité conclu avec les organisations syndicales, il n'existe pas de véritable conflit de normes, l'accord collectif s'applique¹⁸¹⁴.

En outre, au sein des chartes apparaît le besoin de formaliser les engagements à travers le règlement intérieur : la charte éthique du groupe Elsan inclut dans ses principes la diversité et l'égalité des chances et prévoit que « chacun de nos établissements, notamment par le biais de son règlement intérieur et des dispositifs de contrôle qu'il met en place, s'assure du respect des principes éthiques et de sa conformité aux procédures de notre Groupe. »¹⁸¹⁵ ; la charte de la diversité du groupe CGI « formalise certains engagements via le règlement intérieur, des plans

¹⁸¹² Une note de service comportant des prescriptions faisant partie du champ matériel du règlement intérieur est assimilable à un règlement intérieur, même si elle ne vise qu'une fraction du personnel (Cass. crim. 26 juin 1990, n°8884251, *Bull.crim.* n°261, *RJS* 1990.458, n°673 ; *CBS* 1990.219). D'un autre côté, la note de service prévoyant une tenue suivant les saisons pour les salariés au contact de la clientèle n'est pas assimilable au règlement intérieur (Cass. soc. 7 oct. 1992, n°8945283 P, *JCP* 1993. II.22148, note Corrigan-Carsin ; *Dr soc.* 1992.917).

¹⁸¹³ CA de Bordeaux, 13 mars 2008, 06/03223.

¹⁸¹⁴ La dénonciation n'est pas nécessaire pour faire primer l'application d'un accord collectif sur un engagement unilatéral : Cass. soc. 9 juill. 1996, *Bull. civ.* V, n°276 ; D. 1996, IR p. 196 ; Cass. soc. 28 janv. 1998, n°95-45.220, *D.* 1998, p. 75.

¹⁸¹⁵ Charte éthique du groupe Elsan, https://www.elsan.care/sites/default/files/Charte%20éthique_web.pdf.

d'actions ou des accords signés avec les partenaires sociaux »¹⁸¹⁶. Dans la charte de la diversité et Inclusion du groupe Keolis, figure « le respect de chaque personne, de sa dignité et de sa culture dans les limites imposées par les conditions d'hygiène, de sécurité et du règlement intérieur. »¹⁸¹⁷ Enfin, la Charte de promotion de la diversité du syndicat des éditeurs de logiciels de loisirs (S.E.L.L.) prévoit la mise en place d'une procédure interne de signalement et de la mise à jour du règlement intérieur de l'entreprise dans le cadre des actions pour la promotion des comportements discriminatoires, du harcèlement et de toute forme de violence¹⁸¹⁸.

Le règlement intérieur est alors appelé à formaliser et garantir ces engagements, ce qui se traduit également par un contrôle du contenu du règlement intérieur lui-même, afin de vérifier qu'il ne comporte pas de dispositions contraires. L'article L.1321-3 pose des limites quant au contenu du règlement intérieur, qui ne peut pas contenir « 1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ; 2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; 3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap ». Par conséquent, le règlement intérieur ne peut contenir de dispositions antidiscriminatoires, ni de dispositions contraires aux conventions ou accords collectifs¹⁸¹⁹.

385. Selon nous, la demande de mise en conformité d'un règlement intérieur à un engagement en matière de diversité, qu'il s'agisse d'une Charte ou d'un accord collectif, a donc

¹⁸¹⁶ Charte de la diversité du groupe CGI Compagnie Générale de Location d'Équipements du 21 avril 2011, <http://www.recrutement-cgi.fr/uploads/File/cgi/Charte%20diversite%20H%20def.pdf>.

¹⁸¹⁷ Charte de la Diversité et inclusion du groupe Keolis Bordeaux Métropole, <https://www.keolis-bordeaux-metropole.com/nous-rejoindre/notre-politique-rh>.

¹⁸¹⁸ Charte de promotion de la diversité du syndicat des éditeurs de logiciels de loisirs (S.E.L.L.) du 9 décembre 2020, <https://www.sell.fr/news/charte-de-promotion-de-la-diversite>.

¹⁸¹⁹ Cela signifie que l'employeur doit écarter l'application de la clause d'un règlement intérieur au profit de celle de la convention collective à laquelle il est assujéti (Cass. soc. 7 nov. 2006, n°0441390, *Bull.civ.* n°330).

une fonctionnalité plus symbolique que juridique, puisque l'interdiction de contenu discriminatoire est déjà prévue par le législateur français. Toutefois, les accords collectifs de diversité comprennent souvent des articles sur le règlement intérieur et sur l'importance de sa conformité aux dispositions de l'accord. Cette « déclaration » peut en réalité viser le cahier des charges pour l'obtention du Label Diversité, qui exige que l'organisme s'assure que ses documents internes (règlement intérieur, statuts, etc.) sont en accord avec sa politique diversité¹⁸²⁰. Citons par exemple l'accord relatif à la diversité du groupe Groupama, qui prévoit dans son article 6.2 que « les pratiques discriminatoires, les propos racistes, sexistes, homophobes ou xénophobes sont proscrits au sein du Groupe et chaque entreprise s'engage à ce que les règlements intérieurs ou publications internes ne comportent pas de dispositions contraires aux dispositions du présent accord »¹⁸²¹ ; les accords Accor¹⁸²² et Peugeot¹⁸²³ prévoient également que les pratiques discriminatoires, les propos racistes, sexistes, homophobes ou xénophobes sont proscrits et font l'objet de sanctions, et s'engagent à ce que les règlements intérieurs ne comportent pas de dispositions contraires aux dispositions de l'accord en question. Ces accords vont encore plus loin, en procédant si nécessaire à une adaptation des règlements intérieurs. Enfin, un autre exemple nous est fourni par l'accord du groupe Bigard qui, dans un chapitre intitulé « diversité et prévention des discriminations » mentionne le fait que « conformément aux stipulations du Règlement Intérieur de chaque établissement, tout propos à caractère discriminatoire (sexiste, raciste, homophobe...) sera sanctionné »¹⁸²⁴.

Ainsi, des notions floues juridiquement trouvent leur place dans un instrument juridique bien cadré, celui du règlement intérieur, tendance qui était déjà repérée par la Halde dans son rapport de 2006¹⁸²⁵. Précisons toutefois que, malgré leur intégration au règlement intérieur, les

¹⁸²⁰ Afnor, *Label Diversité- Cahier des charges de Labellisation*, 2009.

¹⁸²¹ Accord relatif à la diversité et à l'égalité des chances au sein du groupe Groupama du 24 oct. 2008.

¹⁸²² Accord relatif à la diversité du groupe Accor du 9 février 2007, art. 5.2.

¹⁸²³ Accord PSA Peugeot Citroën du 21 mai 2015, sur la diversité et la cohésion sociale, art.4.1.

¹⁸²⁴ Accord sur la Diversité et Égalité des chances du groupe Bigard du 25 avril 2019.

¹⁸²⁵ HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, 2006. Dans son premier Annexe, énumérant les fiches des bonnes pratiques nous retrouvons l'exemple du groupe ESSO/EXXONMOBIL qui a incorporé dans son règlement intérieur un chapitre intitulé « Équité dans l'emploi » qui précise que « La hiérarchie à tous les niveaux est responsable de la mise en œuvre de cette politique et se doit de maintenir un environnement de travail exempt de toute discrimination, d'identifier et de résoudre tout problème en matière d'égalité des chances (...). Il appartient tant à la société qu'aux salariés de maintenir un environnement de travail exempt de toute forme de discrimination ou de harcèlement portant notamment sur l'ethnie, la couleur, le sexe, la religion, la nationalité, la citoyenneté, l'appartenance syndicale ou politique, l'âge, un handicap physique ou mental. Toute personne faisant l'objet ou ayant été témoin de discrimination ou de harcèlement doit en faire part au plus vite à sa hiérarchie, un membre de sa direction, la Direction des ressources humaines ou un représentant du personnel ».

dispositions qui n'entrent pas dans le cadre légal délimitant le contenu du règlement intérieur seront plutôt qualifiées d'engagements unilatéraux de l'employeur¹⁸²⁶.

Ainsi, les engagements qui proviennent d'un accord diversité ou d'une charte se cristallisent et se concrétisent par le biais du règlement intérieur, ce qui renforce leur positionnement dans la hiérarchie des normes et les transforme en dispositions potentiellement contraignantes.

386. Règlement intérieur des conseils d'administration et des conseils de surveillance.
Il convient d'opérer une distinction entre le règlement intérieur et le règlement intérieur des conseils d'administration et des conseils de surveillance. La diversité est une thématique clef des règlements intérieurs et du mode de fonctionnement des conseils d'administration puisque, comme nous l'avons signalé dans les précédents chapitres, la diversité de membres des conseils d'administration fait partie des obligations légales au niveau européen et français. Le règlement intérieur des conseils d'administration ne doit toutefois pas être confondu avec le règlement intérieur de l'article L.1321-1 du Code du travail, dont l'établissement est obligatoire pour les entreprises et établissements employant habituellement au moins 50 salariés¹⁸²⁷. Le conseil d'administration de la direction générale est l'organe d'administration des sociétés anonymes¹⁸²⁸. La société anonyme est dirigée par un directoire, qui exerce ses fonctions sous le contrôle d'un conseil de surveillance¹⁸²⁹. Concernant ces deux organes, des obligations légales visent à y assurer la représentation des deux sexes, leur pourcentage respectif dépendant de la taille ou du chiffre d'affaires de la société¹⁸³⁰.

¹⁸²⁶ Par conséquent, ils suivent le régime juridique d'un engagement unilatéral : ainsi, une modification du règlement intérieur ne peut pas substituer à la procédure de dénonciation d'un engagement unilatéral, malgré le placement de celui-ci au sein du règlement intérieur. Cass. soc. 22 janv. 1992, n°88-42.240, *D.* 1992, p. 44 ; *ibid.* p. 378, note B. Mathieu ; *RJS* 3/92, n°280. V. cependant, Cass. soc. 30 juin 1993, *Som. dr. du travail* 1993, n°146, p. 2332.

¹⁸²⁷ Art. L.1311-2 C.tr.

¹⁸²⁸ Art. L.225-17 et s. C.com.

¹⁸²⁹ Art. L.225-58 C.com.

¹⁸³⁰ Selon l'art. L.225-17 C.com., le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes. L'art. L.225-18-1 C.com. précise que « la proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 % dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé et, à l'issue de la plus prochaine assemblée générale ayant à statuer sur des nominations, dans les sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins cinq cents salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros. Dans ces mêmes sociétés, lorsque le conseil d'administration est composé au plus de huit membres, l'écart entre le nombre des administrateurs de chaque sexe ne peut être supérieur à deux. Toute nomination intervenue en violation du premier alinéa et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil est nulle. »

Le conseil de surveillance détermine un processus de sélection qui garantit jusqu'à son terme la présence d'au moins une personne de chaque sexe parmi les candidats (art. L.225-58 C.com.). La composition du conseil lui-même doit respecter la proportion de chaque sexe, qui ne doit pas être inférieure à 40% « dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé et, à l'issue de la plus prochaine assemblée générale ayant à statuer sur des nominations, dans les sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient

Le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de l'AFEP et du MEDEF définit les fonctions du règlement intérieur du conseil d'administration. Celui-ci sert à préciser « les cas d'approbation préalable déterminés par le conseil d'administration, qui peuvent être différents selon les branches concernées de l'entreprise ; le principe selon lequel toute opération significative se situant hors de la stratégie annoncée de l'entreprise fait l'objet d'une approbation préalable par le conseil d'administration ; les règles selon lesquelles le conseil d'administration est informé de la situation financière, de la situation de trésorerie ainsi que des engagements de la société. Ces règles ne portent pas seulement sur les opérations externes d'acquisition ou de cession, mais aussi sur les investissements importants de croissance organique ou sur les opérations significatives de restructuration interne. Le conseil d'administration est informé en temps utile de la situation de liquidité de la société afin de prendre, le cas échéant, les décisions relatives à son financement et à son endettement »¹⁸³¹. Ce document ne doit pas être confondu avec les statuts de la société, qui déterminent la forme, la durée, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social de la société¹⁸³².

Le règlement intérieur est un document destiné à préciser les modalités de fonctionnement du Conseil d'administration d'une société et, par conséquent, il n'est pas opposable aux tiers. Parmi les modalités de fonctionnement figure souvent l'objectif de diversité de la composition du conseil. Ainsi, dans le règlement intérieur du Conseil d'administration de la société Atos SE¹⁸³³, le Conseil s'interroge sur « l'équilibre souhaitable de sa composition et de celle des comités qu'il constitue en son sein, notamment en termes de diversité (représentation des femmes et des hommes, nationalités, âge, qualifications et expériences professionnelles...) ». À ces fins, le règlement prévoit qu'il rend publique, dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise, une description de la politique de diversité appliquée aux membres du Conseil d'administration, ainsi qu'une description des objectifs de cette politique, de ses modalités de mise en œuvre et des résultats obtenus au cours de l'exercice écoulé. De plus, le Conseil d'administration doit s'assurer « que les dirigeants mandataires sociaux exécutifs mettent en œuvre une politique de non-discrimination et de diversité notamment en matière de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des instances dirigeantes ». Le

un nombre moyen d'au moins cinq cents salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros. Dans ces mêmes sociétés, lorsque le conseil de surveillance est composé au plus de huit membres, l'écart entre le nombre des membres de chaque sexe ne peut être supérieur à deux. » (art. L.225-69-1 C.com.).

¹⁸³¹ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées AFEP/MEDEF, art.1.9 (actualisé en janvier 2020).

¹⁸³² L.210-2 C.com.

¹⁸³³ Règlement intérieur du conseil d'administration d'Atos SE du 18 février 2020, p. 3, p. 11, p. 20, <https://atos.net/wp-content/uploads/2020/03/atos-se-reglement-interieur-du-18-fevrier-2020.pdf>,

règlement présente également les fonctions de comités permanents de la société, dont le comité de RSE, dont les missions incluent « la revue des engagements du Groupe en matière de responsabilité sociale et environnementale, au regard des enjeux propres à son activité et à ses objectifs, notamment en matière de bien-être au travail, de diversité et d'environnement ».

Un autre exemple est le règlement intérieur du conseil de surveillance de la société Tikehau Capital¹⁸³⁴, dont les pages finales sont consacrées à la politique de diversité du conseil de surveillance, aux objectifs et la mise en œuvre de la politique de diversité et aux critères pris en compte pour l'appréciation de la diversité. La diversité est présentée comme un facteur d'efficacité pour le Conseil de surveillance, facteur qui permet l'expression de points de vue indépendants contribuant à une surveillance efficace. Elle se traduit par la réunion de profils divers en termes d'expériences professionnelles, de culture, de formation et de mixité et s'apprécie au regard de critères de qualification et d'expérience professionnelle (domaines de spécialisation, formation, origine géographique), de mixité (représentation équilibrée des hommes et des femmes) et d'âge. Encore plus intéressante nous paraît la fonction du Comité des nominations et des rémunérations, organe chargé d'identifier et de recommander les candidats aptes à devenir membres du conseil de surveillance. Selon ledit règlement, le Comité des nominations et des rémunérations, peut, s'il le juge utile, « formuler des objectifs chiffrés s'agissant des différents critères devant être pris en compte pour favoriser la diversité au sein du Conseil de surveillance ». Est également prévue une évaluation annuelle et une mise à jour de la mise en œuvre de la politique de diversité du Conseil de surveillance dans le cadre de l'évaluation annuelle de son fonctionnement.

Enfin, le règlement intérieur du conseil d'administration de la société AirLiquide¹⁸³⁵ précise que la composition du conseil d'administration « devra refléter une diversité et complémentarité d'expériences, notamment internationales, de nationalités, d'âge, de sexe, de cultures et d'expertises, y compris un nombre significatif de dirigeants d'entreprise ou anciens dirigeants d'entreprise ».

¹⁸³⁴ Règlement intérieur du conseil de surveillance de la société Tikehau Capital, version à jour au 18 mars 2020, <https://www.tikehaucapital.com/~media/Files/T/Tikehau-Capital/tc-sca-reglement-intrieur-du-conseil-de-surveillance-version-du-18-03-2020>.

¹⁸³⁵ Règlement intérieur du conseil d'administration de la société AirLiquide, mai 2020, <https://www.airliquide.com/sites/airliquide.com/files/2020/05/05/reglement-interieur-du-conseil-d-administration-mai-2020.pdf>.

Bien que ces documents ne bénéficient pas du statut juridique du règlement intérieur, ils déterminent le fonctionnement des organes qui dirigent les grandes sociétés et affectent directement leur composition et leurs démarches en matière de diversité.

B) Les plans d'actions en matière de diversité : des engagements unilatéraux de l'employeur

387. Le pouvoir normatif de l'employeur ne se limite pas à la mise en place du règlement intérieur, la jurisprudence ayant admis, depuis le fameux arrêt *Chicard*¹⁸³⁶, que l'employeur peut imposer au salarié une règle sans que celle-ci soit incorporée au règlement intérieur, en ce qui concerne au moins les dispositions n'entrant pas dans son champ d'application¹⁸³⁷. En l'occurrence, il s'agissait d'une règle à caractère déontologique, contenue dans une note de service interdisant au personnel de solliciter ou d'accepter aucun cadeau des fournisseurs sans l'accord préalable et explicite de la direction. La chambre sociale a défini les caractéristiques qualifiant un engagement d'unilatéral : l'arrêt de principe de la Chambre sociale du 4 avril 1990¹⁸³⁸ a consacré que « l'employeur n'est en droit de revenir sur un engagement unilatéral que si celui-ci a été pris pour une durée indéterminée », ce qui implique qu'il peut prendre des engagements unilatéraux ayant force obligatoire et susceptibles d'être invoqués à ce titre par les salariés. Pour qu'un engagement soit qualifié d'unilatéral, il faut une volonté ferme et clairement exprimée de la part de l'employeur. Sa forme peut varier : des « guides » du personnel, des « notes de service », des « circulaires », des décisions du conseil d'administration ou encore des recommandations patronales à la suite d'un échec des négociations¹⁸³⁹. Dans cette dernière catégorie figurent les plans d'action en matière de diversité visant l'obtention du Label Diversité entrepris par les employeurs. Selon la Circulaire DGT 2008/22¹⁸⁴⁰, entrent également dans cette catégorie les chartes et codes éthiques par lesquels l'entreprise prend elle-même des engagements dépassant ses obligations légales et règlementaires : il s'agit bel et bien des engagements unilatéraux valables dont les salariés peuvent revendiquer l'application à leur profit. Ces documents sont soumis aux règles du droit

¹⁸³⁶ CE 11 juin 1999, n°195706, *Chicard*, *Dr.soc.*, 2000, p. 1059.

¹⁸³⁷ Marc Véricel, « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur », *Dr. soc.*, 2000, p. 1059.

¹⁸³⁸ Cass. soc. 4 avr. 1990, n°86-42.626, *Bull.civ.* V, n°161, *GADT*, n°176, *Dr. soc.* 1990. 803, note J. Savatier.

¹⁸³⁹ Cass. soc. 31 mars 1981, n°79-41.106, *Dr.ouvr.* 1982, p. 106 : « A une valeur contraignante, la recommandation patronale qui, malgré l'échec des négociations, suggère de conserver les barèmes minima de salaires correspondant aux propositions faites aux syndicats. »

¹⁸⁴⁰ Circulaire DGT 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

du travail et, lorsqu'ils abordent des thématiques entrant dans le domaine de la gestion de l'entreprise, nécessitent également la consultation du comité social et économique (CSE)¹⁸⁴¹.

388. Comme nous l'avons constaté au cours du premier chapitre, la thématique de la diversité est souvent présentée, au sein de l'entreprise, sous un prisme gestionnaire : la consultation du CSE est par conséquent requise. L'implication des partenaires sociaux est également prévue dans le cahier des charges du Label Diversité, à différents niveaux, de l'élaboration d'un diagnostic à l'adoption d'un accord ou d'un plan d'action. Selon le cahier des charges, la Direction doit communiquer aux représentants du personnel et aux organisations syndicales son intention de définir et de mettre en œuvre une politique diversité et leur proposer d'être associés à la mise en œuvre de cette politique¹⁸⁴². Ceci peut s'effectuer par le biais de la négociation et de l'adoption d'un accord collectif ; à défaut, il faut définir un plan d'action. Ce processus fait écho à la négociation obligatoire en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, obligation de négocier au moins une fois tous les quatre ans qui concerne toutes les entreprises où sont constituées au moins une ou plusieurs sections syndicales¹⁸⁴³. En l'absence d'accord, un procès-verbal de désaccord est établi¹⁸⁴⁴ et l'employeur doit mettre en place un plan d'action, sous réserve d'avoir préalablement consulté et recueilli l'avis du CSE¹⁸⁴⁵. Déposé auprès de l'autorité administrative, le plan d'action évalue la situation en entreprise l'année précédente et détermine des objectifs clairs et précis de progression pour l'année à venir¹⁸⁴⁶. À défaut, les entreprises d'au moins cinquante salariés risquent une pénalité d'au maximum 1 % des rémunérations et gains¹⁸⁴⁷. L'autorité administrative étant chargée de se prononcer sur la conformité aux dispositions légales d'un accord ou plan d'action, le contentieux relève de la

¹⁸⁴¹ Conformément aux art. L.2312-17 et L.2312-22 C.tr.

¹⁸⁴² Cahiers des charges téléchargeables sur la page officielle de Afnor certification,

<https://certification.afnor.org/ressources-humaines/label-diversite> :

« Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable aux organismes privés dont l'effectif est égal ou supérieur à 50 salariés, p. 8.

« Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable aux organismes privés dont l'effectif est inférieur à 50 salariés, p. 8.

« Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable à l'État et à ses établissements publics, aux collectivités territoriales et leurs établissements publics, aux établissements publics du secteur de la santé, du social et du médico-social, ainsi qu'aux autres organismes relevant du secteur public, p. 9.

¹⁸⁴³ Art. L.2242-1 C.tr.

¹⁸⁴⁴ Art. L.2242-5 C.tr.

¹⁸⁴⁵ Art. L.1143-2 C.tr.

¹⁸⁴⁶ Art. L.2242-3 C.tr.

¹⁸⁴⁷ Art. L.2242-8 C.tr.

compétence du juge administratif¹⁸⁴⁸, sauf lorsque l'on se trouve en présence d'un litige individuel.

Outre la thématique de l'égalité professionnelle, des dispositions similaires étaient prévues dans le cadre du *contrat génération*, qui imposait aux employeurs des entreprises d'au moins 50 salariés d'adopter un accord ou, à défaut, de mettre en place un plan d'action visant l'insertion durable des jeunes dans l'emploi et le recrutement et le maintien en emploi des seniors. Les entreprises bénéficiaient d'une aide spécifique lorsqu'elles remplissaient certaines conditions quant au recrutement des jeunes et des seniors et risquaient des pénalités lorsqu'elles n'étaient pas couvertes par un accord collectif ou un plan d'action. Ces dispositions ont toutefois été abrogées par l'ordonnance du 24 septembre 2017¹⁸⁴⁹.

389. À l'image du plan d'action légalement prévu en matière d'égalité professionnelle, le cahier des charges du Label impose aux entreprises souhaitant obtenir ou conserver le label de procéder de la même façon : la voie conventionnelle est privilégiée mais lorsque les négociations n'aboutissent pas, un plan d'action doit être établi et démontrer que des actions concrètes sont prévues pour promouvoir la diversité. Bien que dépourvu de la force contraignante issue des dispositions d'ordre public relatives à l'égalité professionnelles, le plan d'action dans le cadre du Label Diversité suit la même logique. Pour obtenir le Label, il faut impliquer les partenaires sociaux, engager des négociations et adopter un accord ou au moins un plan d'action qui fixe des objectifs précis. Le non-respect des conditions posées par le cahier de charges se traduit par une pénalité différente : le rejet de la candidature ou, pour une entreprise déjà détentrice de celui-ci, le non renouvellement du Label. L'absence de pénalité légale n'enlève pas toutefois la nature juridique de ce plan d'action, qui se traduit comme un engagement unilatéral de l'employeur et est contrôlé sur cette base juridique. Par conséquent, le Label Diversité, un instrument de droit souple, intègre la normativité classique par le biais des accords collectifs ou des engagements unilatéraux de l'employeur souhaitant l'obtenir ou le conserver.

Bien que la jurisprudence soit peu abondante en la matière, certains exemples concernent le licenciement du salarié chargé de la mise en place d'un plan d'action : ainsi, le manquement à mener les négociations ou établir un plan d'action, commis par un salarié chargé des questions

¹⁸⁴⁸ P.ex. sur la contestation de l'application d'une pénalité : Cour administrative d'appel de Paris, 3^{ème} ch., 1^{er} déc. 2020, n°19PA02123.

¹⁸⁴⁹ L'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 9, Jo du 23 a supprimé l'ensemble d'articles relatifs au contrat de génération (art. L.5121-6 à L.5121-21 C.tr.).

juridiques, peut être constitutif d'un manquement justifiant le licenciement pour insuffisance professionnelle¹⁸⁵⁰. Dans le même esprit, une salariée chargée de la mise en œuvre de la politique « diversité » de l'entreprise peut être licenciée pour cause réelle et sérieuse lorsqu'elle n'est pas parvenue, notamment, à produire le plan diversité demandé¹⁸⁵¹.

390. Le non-respect du plan d'action de la part de l'employeur peut également générer un contentieux, notamment lorsque ce manquement conduit à un comportement pouvant être qualifié de discriminatoire. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 juin 2018, une salariée conteste son licenciement et inclut dans ses demandes des dommages-intérêts pour violation du plan d'action pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes¹⁸⁵². Nous pourrions imaginer un contentieux similaire pour non-respect d'un plan d'action en matière de diversité. D'un autre côté, l'employeur peut également mettre en avant la mise en place d'un plan d'action pour se défendre face à des accusations d'agissements discriminatoires. La Cour d'appel s'est déjà prononcée en la matière : la production par l'employeur du plan d'action peut constituer un indice mais n'est en aucun cas suffisante pour justifier les agissements discriminatoires ou le harcèlement¹⁸⁵³.

391. **Conclusion.** La multiplication des instruments en matière de diversité et l'intérêt croissant pour le Label et les accords nommés « diversité » suscitent de plus en plus l'intérêt du juge. Dans un premier temps, cet intérêt se focalise sur le contrôle des différents instruments et leur conformité aux dispositions légales. Dans un second temps, il se traduit par une clarification quant aux obligations émanant de ces instruments et de leurs effets pour le salarié et l'employeur. Les conséquences sont prévisibles en présence d'un accord collectif valablement négocié et d'une thématique bien cadrée telle que l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. En présence d'un instrument de droit souple, il faudra procéder à une évaluation de l'engagement de l'employeur, qui passe par la qualification juridique de l'instrument. L'appellation des instruments de soft law important peu, il faudra rechercher leur vrai rattachement : lorsque leur contenu correspond à celui du règlement intérieur, le régime juridique du règlement intérieur s'applique ; lorsque l'adoption d'un tel instrument se manifeste

¹⁸⁵⁰ CA de Versailles, ch.11, 26 janvier 2017, n°14/05470.

CA de Pau, ch.soc., 31 janvier 2019, n°16/00727 : Le licenciement est de cause réelle et sérieuse mais non pas de faute grave lorsque le salarié chargé des affaires juridiques n'a pas répondu aux demandes de la Direccte Aquitaine, tant s'agissant du thème de l'égalité hommes femmes, que du thème de la pénibilité, ayant conduit la société à devoir supporter une nouvelle amende de plus de 10.000 €

¹⁸⁵¹ CA de Paris, pôle 6, ch.11, 6 mai 2016, n°13/05595.

¹⁸⁵² CA de Paris, pôle 06, ch.11, 5 juin 2018, n°15/10871 : cette demande n'a pas abouti, le licenciement n'étant pas qualifié de discriminatoire par les juges du fond.

¹⁸⁵³ CA de Paris, pôle06, ch.03, 5 février 2019, n°16/03047.

par une décision de l'employeur qualifiée d'engagement unilatéral, ce régime s'applique. Dans tous les cas, ces instruments seront soumis au contrôle du juge. Quant au contentieux discriminatoire, l'apport des engagements en matière de diversité semble assez limité. Ceux-ci serviront notamment d'indices invoqués dans le cadre de l'argumentaire du demandeur ou du défendeur, notamment pour révéler des comportements discriminatoires qui s'opposent à ces engagements ou justifier une sanction pour discrimination.

Chapitre 8. Le rôle des représentants des salariés dans la défense de la diversité et des victimes des inégalités

392. Au cours du chapitre précédent, nous avons examiné les possibilités, mais également les limites des recours individuels pour demander l'application d'un accord diversité ou dans le cadre d'un contentieux pour discrimination. Le coût financier et la charge psychologique se révèlent souvent très élevés pour les salariés qui agissent individuellement en justice contre leurs employeurs. Par conséquent, l'intervention des partenaires sociaux peut être décisive pour permettre une meilleure défense des intérêts des salariés.

La défense des intérêts des salariés par les partenaires sociaux s'effectue par le biais des actions collectives, consacrées juridiquement au niveau international, européen et national. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que « les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève »¹⁸⁵⁴. La grève, bien qu'elle constitue l'action collective et concertée par excellence, n'est pas la seule option dont les salariés et les partenaires sociaux des salariés disposent pour défendre leurs droits. La notion d'action collective se réfère plus largement aux procédures permettant un traitement collectif de demandes multiples qui soulèvent des questions de droit et de fait communes¹⁸⁵⁵. Le Professeur Alain Supiot met l'accent sur le poids et le contre-poids entre l'action économique et la liberté d'entreprendre du patronat, d'une part, et l'action collective des salariés, de l'autre. Un équilibre n'est possible entre les deux que si l'action collective et ses composantes principales (la représentation, l'action et la négociation collective) sont garanties¹⁸⁵⁶.

393. Quel est le rapport entre la diversité et les actions collectives ? Si l'on opte pour une vision managériale de la diversité, le rapport peut être perçu comme non-existant. En revanche, si l'on aborde la diversité sous le prisme d'une politique active et consciente pour la lutte contre les discriminations et complémentaire à celle-ci, cette question retrouve tout son intérêt. En

¹⁸⁵⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C 326/02, art.28 Droit de négociation et d'actions collectives.

¹⁸⁵⁵ Mélanie Leclerc, *Les class actions, du droit américain au droit européen : propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 25.

¹⁸⁵⁶ Alain Supiot, « Revisiter les droits de l'action collective », *Dr. soc.*, 2001, p. 687.

matière de diversité, cette protection légale par le biais des actions collectives est d'une importance particulière, puisqu'aucune politique diversité ne peut produire ses fruits s'il n'existe aucun cadre légal permettant la dénonciation des actes qui vont à son encontre ainsi que la défense des droits issus des engagements pris en la matière, lorsque ceux-ci se trouvent menacés.

Par conséquent, en matière de diversité, la défense des droits des salariés peut s'opérer à deux niveaux : dans un premier temps, les instances représentatives du personnel peuvent agir pour soutenir les salariés lanceurs d'alerte ou alerter eux-mêmes l'employeur des discriminations lorsque des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles sont observées dans l'entreprise (*Section 1*). Dans un second temps, les organisations syndicales peuvent agir en justice pour défendre des intérêts individuels ou collectifs, une prérogative qui émane de leurs propres fonctions et de la liberté syndicale (*Section 2*).

Section 1. La dénonciation des actes discriminatoires en tant que moyen de défense pour la diversité : le rôle des salariés et des partenaires sociaux

394. Il existe l'idée, inhérente à la notion d'intérêt général, qu'une menace à un intérêt essentiel doit être dénoncée¹⁸⁵⁷. La première possibilité de défendre collectivement les intérêts des salariés en matière de diversité et de lutte contre les discriminations est une défense par la dénonciation des actes discriminatoires. La protection de la liberté de témoigner des salariés ainsi que, plus spécifiquement, la protection des représentants des salariés exerçant leur droit d'alerte sont importantes pour la lutte contre les discriminations et pour la promotion de la diversité (paragraphe 1). L'intervention des partenaires sociaux à travers l'exercice du droit d'alerte est en ce sens cruciale pour la dénonciation des discriminations et, par ricochet, pour la promotion de la diversité. Les salariés ont également un rôle important à jouer en dénonçant eux-mêmes des actes perçus comme illicites et discriminatoires. Dans cette hypothèse, les partenaires sociaux peuvent intervenir pour offrir leur soutien et protéger le salarié lanceur d'alerte. Cette « défense » s'opère à deux niveaux. Dans un premier temps, il s'agit d'exposer les actes discriminatoires commis au sein de l'entreprise. Dans un second temps, il s'agit d'éviter que toute personne qui dénonce des actes illicites ne subisse une discrimination en tant que mesure de rétorsion.

¹⁸⁵⁷ Florence Chaltiel, *Les lanceurs d'alerte*, Paris, Dalloz, 2018, p. 3.

La question, toutefois, demeure : quelle place occupent la lutte contre les discriminations et, par ricochet, la diversité dans les différents dispositifs d'alerte existants (paragraphe 2) ?

Paragraphe 1. Les acteurs de la dénonciation des actes discriminatoires

395. L'expression « lanceur d'alerte » est souvent associée à des cas exceptionnels et très médiatisés comme ceux de Julian Assange, rédacteur de WikiLeaks, ou encore de Edward Snowden, qui a dévoilé des informations confidentielles de la National Security Agency des États-Unis. En France, il s'agit d'une notion relativement récente, qui n'apparaît qu'après les années 2000, à l'opposé de la notion anglo-saxonne de *whistleblower*, qui est bien plus ancienne¹⁸⁵⁸.

Selon le Conseil de l'Europe, le lanceur d'alerte est, en effet, « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé »¹⁸⁵⁹. Tout salarié peut assumer ce rôle, toutefois, devenir lanceur d'alerte est accompagné d'un risque élevé d'exposition, de représailles et de sanctions, de licenciement et de poursuites judiciaires. L'acte de dénonciation peut être vu comme un acte de trahison, mais aussi comme un devoir civique ou même un acte héroïque, en créant deux pôles antinomiques et contradictoires¹⁸⁶⁰. Comme certains lanceurs d'alerte en témoignent, outre les sanctions directes, peut aussi se produire une stigmatisation qui peut s'étendre de l'isolation et de la « placardisation » avant le licenciement jusqu'à la non-employabilité après un licenciement, ce qui se traduit comme une « mort professionnelle »¹⁸⁶¹ pour le salarié désobéissant qui dénonce son employeur. Bien que la diversité ne soit pas concernée directement, la lutte contre les discriminations constitue une partie intégrante du débat autour de l'alerte, qu'il s'agisse de la dénonciation des actes discriminatoires ou de la protection du lanceur d'alerte de discriminations sous forme de représailles. D'où le fait qu'un cadre légal ait été élaboré pour garantir une protection au salarié lanceur d'alerte (A). Les partenaires sociaux salariaux, qu'il s'agisse des organisations syndicales ou des instances représentatives du personnel, ont

¹⁸⁵⁸ Florence Chaltiel, *op.cit.*, p. 3.

¹⁸⁵⁹ Comité européen de coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte du 30 avril 2014.

¹⁸⁶⁰ Patrice Adam, « Le retour des sycophantes ? (à propos du whistleblowing) », *Dr. ouvr.*, juin 2006, p. 281.

¹⁸⁶¹ Stéphanie Gibaud, *La traque des lanceurs d'alerte*, Paris, Max Milo, 2017, p. 51 et s.

également un rôle important à jouer en matière d'alerte et de dénonciation des actes discriminatoires, en intervenant directement ou en apportant leur soutien (B).

A) Les salariés lanceurs d'alerte : une protection légale permettant la dénonciation des actes discriminatoires

396. **Droit international.** En droit international, l'OCDE a publié plusieurs guides, lignes directrices et recommandations visant à inciter les pays à développer un cadre protecteur du lanceur d'alerte. Nous pouvons notamment citer les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, publiés en 2011, où l'OCDE recommande aux entreprises le développement « des mécanismes de protection des salariés qui « donnent l'alerte » de bonne foi »¹⁸⁶². Cette protection inclut nécessairement une protection du salarié lanceur d'alerte en ce qui concerne la discrimination sous forme de représailles : ainsi, les entreprises multinationales devraient « s'abstenir d'engager des actions discriminatoires ou disciplinaires à l'encontre des travailleurs qui auraient, de bonne foi, rapporté à la direction ou, le cas échéant, aux autorités publiques compétentes, des informations sur des pratiques contraires à la loi, aux Principes directeurs ou aux politiques de l'entreprise »¹⁸⁶³. Nous retrouvons la même inquiétude au sein des Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE, publiés en 2017, où l'OCDE invite à nouveau les entreprises et la société à s'abstenir de prendre toute mesure discriminatoire ou disciplinaire à l'encontre d'un salarié ou organe qui signale des pratiques illicites et contraires à l'éthique : « Les parties prenantes, y compris les salariés au niveau individuel et les organes qui les représentent, doivent pouvoir faire état librement auprès du conseil d'administration et des autorités compétentes de leurs inquiétudes concernant d'éventuelles pratiques illicites ou contraires à l'éthique, et une telle intervention ne doit pas compromettre l'exercice de leurs droits »¹⁸⁶⁴. Enfin, le Rapport « s'engager pour une protection efficace des lanceurs d'alerte »¹⁸⁶⁵, publié en 2016, retranscrit les différents dispositifs de protection des lanceurs d'alerte élaborés par les pays de l'OCDE et du G20 et propose des pistes d'amélioration, notamment, à nouveau, concernant la mise en place de mécanismes de prévention des représailles.

¹⁸⁶² OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Édition 2011, Paris, Éditions OCDE, 2011, p. 27, <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, p. 23.

¹⁸⁶⁴ OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Paris, Éditions OCDE, 2017, p. 41, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264269514-fr.pdf?expires=1623337673&id=id&accname=guest&checksum=ED43B0562FA2420AB6D7026060D5B55D>.

¹⁸⁶⁵ OCDE, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, Paris, Éditions OCDE, 2016, <https://www.oecd.org/corruption/ethics/Protection-efficace-lanceurs-d-alerte-resume.pdf>.

397. **Droit européen.** La question de la protection des lanceurs d’alerte n’a pas laissé indifférent le législateur européen, bien que le développement d’instruments précis soit relativement récent.

En ce qui concerne l’Union Européenne, une directive adoptée en 2019¹⁸⁶⁶ instaure un cadre de protection européen pour le lanceur d’alerte signalant des violations du droit de l’Union. Le champ matériel de la directive reste cependant limité et ne concerne pas les violations du droit antidiscriminatoire¹⁸⁶⁷. En revanche, le champ personnel est relativement élargi et, outre les salariés, sont également couverts les actionnaires, les membres de l’organe d’administration, de direction ou de surveillance d’une entreprise, les bénévoles et les stagiaires¹⁸⁶⁸. L’article 19 consacre l’interdiction des représailles, y compris « discrimination, traitement désavantageux ou injuste ». Cette protection contre les représailles est également liée à la protection de la liberté d’expression¹⁸⁶⁹ et « devrait être garantie à la fois aux personnes qui signalent des informations sur des actes ou des omissions au sein d’une organisation (signalement interne) ou à une autorité externe (signalement externe) et aux personnes qui mettent ces informations à disposition dans la sphère publique », ce qui peut inclure selon la directive les représentants élus, les syndicats et les organisations professionnelles. Une base de données spécifique et interactive, le *EU Whistleblowing Monitor*, a été mise en place afin de suivre le progrès de la transposition de la directive par les 27 États membres de l’Union européenne¹⁸⁷⁰. Le Défenseur des droits s’est prononcé sur la transposition effective de cette directive en proposant une « surtransposition »¹⁸⁷¹, notamment pour les États, comme la France, disposant déjà de

¹⁸⁶⁶ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement Européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*, art. 2.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, art. 4. Voir aussi Véronique Magnier, « Le lanceur d’alerte-actionnaire ou mandataire social, un acteur « stratégique » de la gouvernance des sociétés », *D.*, 2020, p. 1307.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, cons. 45.

¹⁸⁷⁰ EU whistleblowing monitor, <https://www.whistleblowingmonitor.eu>.

¹⁸⁷¹ Le terme « surtransposition » est de plus en plus employé pour décrire un phénomène de transposition apparu dans certains États membres. Il s’agit du fait de profiter de l’opération de transposition pour insérer dans le droit national des dispositions qui n’étaient pas prévues par la directive et qui excèdent largement les obligations issues de la directive. La surtransposition est un phénomène courant en France, en partie en raison du grand écart déjà existant entre la législation française et celle des autres États membres, mais elle peut entraîner des conséquences négatives en ce qui concerne la concurrence, puisque les entreprises françaises sont soumises à des réglementations plus strictes par rapport à celles de leurs voisins européens. Un projet de loi portant suppression de surtransposition des directives européennes en droit français a même été adopté, dans l’objectif d’alléger les contraintes pesant sur la compétitivité des entreprises. La surtransposition est, par conséquent, souvent employée avec une connotation négative mais, en l’espèce, le Défenseur des droits opte pour une vision positive du terme dans l’objectif d’accroître un maximum la protection accordée au salarié lanceur d’alerte.

V. Brigitte Clavagnier, « Halte aux surtranspositions des directives européennes ! », *Juris associations*, 2018, n°573, p. 3, Pierre Januel, « L’Assemblée nationale se penche sur la surtransposition des directives européennes », *D. act.*, 22 décembre 2017, Denys Simon, « Directive », In *Répertoire de droit européen*, janvier 2018 (actualisation mars 2021), §76-77, Communiqué de presse du conseil des ministres du 3 octobre 2018 sur le Projet de loi portant suppression de surtransposition de directives européennes en droit français (EAEX1823939L).

dispositifs en la matière, afin de garantir une meilleure protection et ne pas se limiter au strict minimum prévu par la directive¹⁸⁷². L'ONG Transparency International met également l'accent sur le risque d'une transposition inefficace de la directive et son interaction avec le cadre normatif déjà existant¹⁸⁷³ : parmi ses recommandations, distinguons la proposition d'accorder un rôle plus important au Défenseur des droits en lui ajoutant une mission de transmission des alertes aux autorités pertinentes et un rôle de suivi du traitement effectif des alertes par les interlocuteurs du lanceur d'alerte, en transformant le Défenseur en autorité externe unique en matière d'alerte.

398. Quant au Conseil de l'Europe, une recommandation sur le sujet a été adoptée en 2014¹⁸⁷⁴ : elle invite les pays à développer un cadre normatif qui facilite les signalements et les révélations d'informations d'intérêt général. Cette recommandation a été suivie d'une résolution¹⁸⁷⁵ et d'une recommandation¹⁸⁷⁶ en 2019, lesquelles proposent de lancer les préparatifs pour négocier un instrument juridique contraignant sous la forme d'une convention du Conseil de l'Europe en s'inspirant de la directive européenne de 2019 tout en proposant des pistes d'amélioration. Parmi ces pistes figurent la création d'un fonds de soutien juridique alimenté par le produit des sanctions pécuniaires infligées aux auteurs d'infractions à la législation en la matière, ainsi que la mise en place d'une autorité indépendante dans chaque pays, chargée d'assister les lanceurs d'alerte, mais aussi d'assurer un lien avec les autorités judiciaires, avec par exemple la faculté d'intervenir lors d'une procédure judiciaire et d'apporter d'éléments d'appréciation.

399. **Droit français.** Dans le cadre du droit du travail français, la faculté de dénoncer des actes illicites (et le cadre légal protecteur qui accompagne cette faculté) est accordée à tout salarié, qu'il soit salarié simple ou salarié doté d'une mission de représentation du personnel. Dans certains cas et en présence d'un danger grave et imminent, le salarié n'a pas seulement le

¹⁸⁷² Défenseur des droits, « Protéger les lanceurs d'alerte : un défi européen », Synthèse dans le cadre des Rencontres européennes du Défenseur des droits, Paris, 3 déc. 2019, https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=19803.

¹⁸⁷³ Transparency International France, *Quatre ans après l'adoption de la loi Sapin II : quel bilan ?*, 2021, <https://transparency-france.org/wp-content/uploads/2021/02/Evaluation-Sapin-2-position-Transparency-International-France.pdf>

¹⁸⁷⁴ Comité européen de coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte du 30 avril 2014.

¹⁸⁷⁵ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe*, Résolution 2300, 1^{er} octobre 2019.

¹⁸⁷⁶ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe*, Recommandation 2162 (2019).

droit mais aussi l'obligation d'alerter immédiatement l'employeur de la situation, ainsi que le droit de se retirer de cette situation jusqu'au moment où le danger cesse et la sécurité est rétablie¹⁸⁷⁷. Ce droit de lancer l'alerte ne se limite pas aux situations qui présentent un danger grave et imminent pour la vie ou la santé du salarié, mais s'étend à la dénonciation des actes illicites dont le salarié prend connaissance, à la seule différence que ce droit n'est pas accompagné de la même impérativité et du droit de retrait.

400. En ce qui concerne la lutte contre les discriminations, la question de la protection s'étend au niveau de la preuve et son aménagement à travers la protection accordée à toute personne qui dénonce des actes discriminatoires. Le témoignage, par exemple, est un élément de preuve important en matière de discrimination, dans la mesure où il est souvent difficile, voire impossible, de disposer d'autres éléments concrets de preuve. Nous retrouvons les deux aspects de cette protection. En premier lieu, l'article L.1132-3 du Code du travail accorde une protection légale aux personnes qui ont témoigné ou relaté des actes discriminatoires. En second lieu, l'article L.1132-3-3 du Code du travail, créé par la loi du 6 décembre 2013¹⁸⁷⁸, va encore plus loin et offre une protection à tous les lanceurs d'alerte : cette protection couvre toute personne ayant relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. La protection légale inclut tout type de sanctions, le licenciement, ou encore des mesures discriminatoires, directes ou indirectes, notamment en matière de rémunération. Il faudra toutefois attendre la loi Sapin II du 9 décembre 2016¹⁸⁷⁹ pour obtenir un cadre légal plus complet ainsi qu'une définition du lanceur d'alerte, protégeant des mesures discriminatoires toute personne ayant relaté ou témoigné de faits constitutifs d'une discrimination, d'un délit ou d'un crime.

En revanche, cette protection n'est pas illimitée : comme l'article L.1132-3-3 du Code du travail l'indique, il faut que le salarié agisse de bonne foi. La Chambre sociale de la Cour de cassation est également vigilante à ce que le salarié de bonne foi ne soit pas sanctionné : ainsi est frappé de nullité le licenciement du salarié pour avoir relaté des agissements de harcèlement moral ou sexuel, sans démonstration de mauvaise foi de la part de l'employeur¹⁸⁸⁰. D'un autre côté, un

¹⁸⁷⁷ Art. L.4131-1 C.tr.

¹⁸⁷⁸ Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

¹⁸⁷⁹ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

¹⁸⁸⁰ Cass. soc. 10 mars 2009: *RDT* 2009. 453, note Adam; *ibid.* 376, obs. Lardy-Pélissier; *Dr. ouvrier* 2009. 456, obs. Rennes; *JCP S* 2009. 1225, obs. Leborgne-Ingelaere; *JSL* 2009, n°254-2, CA de Pau, ch. soc., 28 janvier

arrêt récent de la Cour de cassation¹⁸⁸¹ précise que la même protection ne sera pas conférée au salarié de mauvaise foi et dont le licenciement repose sur une dénonciation de discrimination volontairement fallacieuse, position qui rejoint celle de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg¹⁸⁸². Pour que l'employeur puisse invoquer la mauvaise foi du salarié et justifier ainsi de son licenciement, il faut dans un premier temps pouvoir prouver que les faits allégués ne sont pas exacts et, ensuite, démontrer que le salarié était au courant de la fausseté des faits au moment de la dénonciation. Cette jurisprudence concorde avec la position actuelle de la Cour de cassation en matière de dénonciation des actes de harcèlement moral et sexuel¹⁸⁸³, le salarié qui dénonce des faits de harcèlement ne pouvant être sanctionné que s'il est de mauvaise foi¹⁸⁸⁴.

Comme certains auteurs le signalent¹⁸⁸⁵, la position de l'employeur demeure délicate lorsqu'il licencie un salarié à la suite d'une dénonciation de discrimination : l'employeur doit s'assurer qu'il dispose des moyens de preuve pertinents de la mauvaise foi du salarié en cas de procédure contentieuse et prêter une attention particulière à la cause de licenciement mentionnée dans la lettre de licenciement. En effet, fournir des explications dans la lettre de licenciement peut faciliter la tâche de l'employeur en présence d'un contentieux, mais, selon un arrêt récent en matière de harcèlement moral et sexuel, l'employeur n'est pas tenu de mentionner expressément dans la lettre de licenciement la mauvaise foi du salarié licencié : celle-ci peut être alléguée par l'employeur devant le juge¹⁸⁸⁶.

Lorsque la bonne foi du salarié n'est pas remise en cause, « il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé »¹⁸⁸⁷. Par conséquent, la protection disparaît et

2021, n°19/03322 ; Franck Lagarde, « Nullité du licenciement d'un salarié « lanceur d'alerte », *JS*, 2021, n°218, p. 8.

¹⁸⁸¹ Cass. soc. 13 janv. 2021, n°19-21.138, P+B : *D. act.* 26 janv. 2021, obs. Malfettes.

¹⁸⁸² CEDH, 21 juin 2016, req. n°79972/12, *Soares c/ Portugal*, V. aussi Nellu Devouèze, « De l'importance de la bonne foi du lanceur d'alerte », *D. act.*, 5 juillet 2016.

¹⁸⁸³ Un régime similaire à celui des discriminations est prévu par l'art. L. 1152-2 C.tr. pour les salariés ayant subi ou témoigné de faits de harcèlement moral: « Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. »

¹⁸⁸⁴ Cass. soc. 9 juin 2021 n°20-15.525, Inédit.

¹⁸⁸⁵ Loïc Malfettes, « Pas de protection pour le salarié qui dénonce de mauvaise foi une discrimination », *D. act.*, 26 janvier 2021.

¹⁸⁸⁶ Cass. soc. 16 sept. 2020, P+B, n°18-26.696. V. aussi Caroline Dechristé, « Harcèlement moral, mauvaise foi du salarié et fixation des termes du litige », *D. act.*, 15 octobre 2020.

¹⁸⁸⁷ Art. L.1132-3-3 C.tr.

l'employeur retrouve son pouvoir disciplinaire s'il réussit à démontrer soit que le salarié était de mauvaise foi, soit que sa décision était indépendante de la déclaration, du témoignage ou de l'alerte effectués par le salarié.

401. **Un système de protection faillible ?** En ce qui concerne plus spécifiquement la procédure du lancement d'alerte, certains auteurs considèrent que la loi Sapin II, bien qu'elle prévoie un cadre légal protecteur, n'est pas suffisante pour assurer cette protection. Selon l'article 8 de cette loi¹⁸⁸⁸, le salarié doit, dans un premier temps, en informer son supérieur hiérarchique, direct ou indirect, l'employeur ou un référent désigné par celui-ci. Si aucune suite n'est donnée « dans un délai raisonnable », il peut s'adresser à l'autorité judiciaire, l'autorité administrative ou les ordres professionnels. Ces derniers ne peuvent être saisis directement que si le signalement concerne un danger grave et imminent, ou en présence d'un risque de dommage irréversible. Pour les entreprises d'au moins cinquante salariés, est obligatoire un dispositif d'alerte interne précisant les canaux de signalement, la procédure et les destinataires¹⁸⁸⁹. Quant au Défenseur des droits, son rôle reste limité : il ne peut qu'orienter la personne vers les autorités compétentes¹⁸⁹⁰. Selon certains auteurs¹⁸⁹¹, cette procédure de signalement imposant une alerte en interne expose le lanceur, celui-ci étant tenu d'avertir en premier son supérieur hiérarchique, et donne en plus l'option à l'entreprise de négocier une amende sans reconnaître sa culpabilité. En effet, la situation peut se révéler particulièrement délicate lorsque les actes à dénoncer sont commis par la personne qui doit être avertie en premier. Le recours au supérieur hiérarchique peut être dissuasif ou même périlleux, notamment dans les cas où l'employeur ou le supérieur hiérarchique sont les personnes mises en cause. Bien que l'article 9 de la loi du 9 décembre 2016 mette l'accent sur la stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement¹⁸⁹², la protection de l'anonymat du lanceur nous semble compliquée puisque celui-ci doit se tourner vers son employeur ou son supérieur hiérarchique.

¹⁸⁸⁸ Art. 8 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

¹⁸⁸⁹ Précision apportée par le Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.

¹⁸⁹⁰ Art.8 IV. De la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

¹⁸⁹¹ Florence Chaltiel, *op.cit.*, p. 84, Stéphanie Gibaud, *op.cit.*, pp. 114-115.

¹⁸⁹² Sur la protection des informations des personnes concernées, la CNIL veille sur le traitement des données à caractère personnel destinées à la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte. CNIL, Délibération n°2017-191 du 22 juin 2017 portant modification de la délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004), JORF n°0172 du 25 juillet 2017.

Certains auteurs proposent par conséquent la mise en place d'organes de contrôle et de systèmes d'alerte externes aux entreprises¹⁸⁹³.

En revanche, pour d'autres¹⁸⁹⁴, cette procédure à différents « paliers » peut aussi se révéler effective, à partir du moment où elle encourage la coresponsabilité (de l'employeur et du salarié) et vise à enclencher un « cercle vertueux » dans l'organisation de l'entreprise.

402. Enfin, un autre point d'interrogation est celui de l'effectivité de la protection pénale du lanceur d'alerte. Le lanceur d'alerte bénéficie d'une immunité pénale, mais, en ce qui concerne la protection des discriminations, le législateur n'a pas ajouté ce nouveau motif dans le Code pénal, à l'opposé du Code du travail, par la création de l'article L.1132-3-3. La protection pénale du lanceur d'alerte est donc inférieure à la protection issue du Code du travail en matière de discriminations¹⁸⁹⁵. Les faiblesses de cette protection peuvent toutefois être palliées par l'intervention des partenaires sociaux.

B) Les partenaires sociaux, acteurs de l'alerte : des rôles de soutien et d'action

403. Les partenaires sociaux peuvent agir de multiples façons en matière d'alerte. D'une part, les organisations syndicales peuvent assumer un rôle de soutien et de protection des salariés qui lancent l'alerte (1). D'autre part, les instances représentatives du personnel disposent d'un droit d'alerte spécifique qui leur permet d'intervenir activement, dans un cadre légal bien précis (2).

1. *Le rôle des organisations syndicales dans les démarches des lanceurs d'alerte*

404. Le rôle des partenaires sociaux en matière d'alerte s'étend à différents niveaux. Dans un premier temps, ils sont intervenus activement pour revendiquer une meilleure protection juridique pour le lanceur d'alerte. Les syndicats se sont regroupés aux niveaux national et européen pour demander une protection juridique plus efficace du lanceur d'alerte. Dans un second temps, ils peuvent participer directement pour soutenir les salariés lanceurs d'alerte.

Au niveau européen, le nouveau projet de directive renforçant la protection du lanceur d'alerte est le résultat d'un dialogue entre les syndicats et les instances de l'Union. Dans un premier temps, le syndicat Eurocadres a mené une vaste coordination rassemblant des ONG et des

¹⁸⁹³ Stéphanie Gibaud, *op.cit.*, p. 62.

¹⁸⁹⁴ Nicole Marie Meyer, *Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte*, Transparency International France, 2^e éd., décembre 2017.

¹⁸⁹⁵ Delphine Tharaud, « Lanceur d'alerte », In *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Delphine Tharaud et Caroline Boyer-Capekke (dir.), Paris, L'Harmattan, 2021, p. 236.

syndicats européens et lancé une campagne importante auprès de la Commission et du Parlement dans l'objectif de protéger les lanceurs d'alerte¹⁸⁹⁶. À l'initiative d'Eurocadres, un site dédié aux lanceurs d'alerte a été mis en place¹⁸⁹⁷ et a été soutenu par plus de 80 organisations syndicales et non-gouvernementales, y compris la Confédération européenne des syndicats (CES) et les syndicats français CFDT, CFDT cadres, FO-cadres et UGICT-CGT¹⁸⁹⁸. Dans le cadre de ce dialogue, est apparue une pétition au niveau européen, dans l'objectif d'assurer un cadre protecteur du lanceur d'alerte pour tous les pays de l'UE. Cette pétition, qui émanait de quatre-vingt-dix organisations syndicales¹⁸⁹⁹, a abouti à l'adoption d'un projet législatif en 2018¹⁹⁰⁰ et, enfin, à la directive de 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

405. En France, citons l'initiative de dix-sept associations et syndicats qui ont créé la Maison des Lanceurs d'Alerte et le Fonds de Dotation en novembre 2018¹⁹⁰¹. La Maison des Lanceurs d'Alerte se mobilise actuellement pour revendiquer une transposition effective de la directive européenne sur les lanceurs d'alerte, avec des propositions concrètes pour compléter ses dispositions¹⁹⁰². Parmi les propositions, on retrouve la demande d'une implication concrète des syndicats et des représentants du personnel dans la mise en place des canaux internes aux entreprises. Le fait que le traitement de l'alerte relève de la seule responsabilité de la direction de l'entreprise constitue une faiblesse du système existant, puisqu'il peut devenir un facteur dissuasif de lancement de l'alerte. Pour garantir une meilleure transparence, la Maison des Lanceurs d'Alerte propose d'une part que les dispositifs d'alerte interne soient négociés avec les syndicats et, d'autre part, que les représentants des salariés soient associés à la réception des alertes et à la décision d'ouverture des enquêtes. Ceci peut également se traduire par une saisine

¹⁸⁹⁶ Marie-Noëlle Auberge, Jean-Paul Bouchet, *Oser l'alerte : Sortir du silence au travail ?*, Ivry-sur-Seine, les Éditions de l'Atelier, 2018, p. 30.

¹⁸⁹⁷ <https://whistleblowerprotection.eu>.

¹⁸⁹⁸ Marie-Noëlle Auberge, Jean-Paul Bouchet, *op.cit.*, p. 32-33.

¹⁸⁹⁹ Daniel Roucoux, « Lanceurs d'alerte, feu vert pour une directive européenne plus protectrice », L'Humanité, 21 novembre 2018, <https://www.humanite.fr/lanceurs-dalerte-appel-pour-une-directive-europeenne-plus-protectrice-628630>.

¹⁹⁰⁰ Parlement européen, « Protection et soutien aux lanceurs d'alerte dans toute l'UE », Communiqué de presse du 20 novembre 2018.

¹⁹⁰¹ UGICT CGT, « 17 associations et syndicats créent la maison des Lanceurs d'Alerte et son fonds de Dotation », communiqué du 21 novembre 2018, [https://ugictgt.fr/17-associations-et-syndicats-creent-la-maison-des-lanceurs-dalerte-et-son-fonds-de-dotation/?utm_source=sendinblue&utm_campaign=Lancement de la MLA&utm_medium=email](https://ugictgt.fr/17-associations-et-syndicats-creent-la-maison-des-lanceurs-dalerte-et-son-fonds-de-dotation/?utm_source=sendinblue&utm_campaign=Lancement%20de%20la%20MLA&utm_medium=email).

¹⁹⁰² La Maison des Lanceurs d'Alerte, « Propositions », <https://loi.mlalerte.org/propositions/>, Communiqué UGICT CGT, « Loi « lanceurs d'alerte » : 29 organisations lancent un appel à la société civile », 3 juin 2021, <https://ugictgt.fr/appel-loi-lanceurs-alerte/>.

facilitée (par des représentants des salariés élus ou nommés) du Défenseur des droits ou de l'Inspection du travail.

En complément de leur apport dans la promotion et l'amélioration de la protection de salariés lanceurs d'alerte, les partenaires sociaux peuvent intervenir encore plus activement dans l'alerte. Les élus ainsi que les salariés syndiqués sont avant tout des salariés et peuvent exercer leur droit de lancer une alerte comme tout salarié qui prend connaissance d'un comportement illicite au sein de son entreprise. Le rôle des élus et des syndicats peut être important, tant au soutien des salariés qui souhaitent lancer une alerte que d'un point de vue actif, en procédant eux-mêmes à l'alerte¹⁹⁰³.

406. La directive sur la protection des lanceurs d'alerte¹⁹⁰⁴ met davantage l'accent sur l'intervention active des partenaires sociaux. Plus spécifiquement, l'article 4 décrit le champ personnel de la directive, qui couvre les auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel, ainsi que les tiers qui sont en lien avec ceux-ci¹⁹⁰⁵, ce qui peut inclure les représentants syndicaux ou les élus¹⁹⁰⁶. En effet, le considérant 41 énonce expressément que les représentants syndicaux ou les représentants des travailleurs devraient bénéficier de la protection prévue par la directive, lorsqu'ils effectuent un signalement en tant que travailleurs mais aussi lorsqu'ils fournissent des conseils et une aide à l'auteur du signalement. En outre, les partenaires sociaux peuvent participer activement à l'établissement des canaux et des procédures de signalement et de suivi, puisque l'article 8 de la directive prévoit une consultation préalable ou encore un accord (lorsque le droit national le prévoit) entre les entités juridiques des secteurs privés et publics et les partenaires sociaux.

2. *Le droit d'alerte : une prérogative spéciale du comité social et économique*

407. Le droit d'alerte, créé par la loi du 31 décembre 1992¹⁹⁰⁷, était conféré au délégué du personnel et concernait les atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles dans l'entreprise. La discrimination, en tant qu'atteinte au principe d'égalité, pourrait déjà entrer

¹⁹⁰³ Stéphanie Gibaud, *op.cit.*, p. 62.

¹⁹⁰⁴ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement Européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, art.4.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, cons.54.

¹⁹⁰⁷ Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

dans ce cadre d'alerte, ce qui était précisé par la loi du 16 novembre 2001 qui a intégré les mesures discriminatoires au champ matériel du droit d'alerte, et désormais à l'article L.2313-2 du Code du travail.

Parmi les attributions spéciales du comité social et économique (CSE), l'on distingue le droit d'alerte, qui concerne quatre domaines différents pour les entreprises d'au moins cinquante salariés : l'alerte en cas d'atteinte aux droits de la personne (article L.2312-59 du Code du travail), l'alerte en cas de danger grave et imminent (article L.2312-60 du Code du travail), l'alerte économique (articles L.2312-63 à L.2312-69 du Code du travail) et l'alerte sociale (articles L.2312-70 à L.2312-71 du Code du travail). Ces attributions permettent au CSE d'intervenir dans plusieurs domaines, à partir du moment où il a connaissance de faits constitutifs d'un danger grave et imminent, de faits affectant la situation économique de l'entreprise ou encore d'un recours abusif aux CDD. En ce qui concerne les actes discriminatoires, son intervention entrera dans le cadre de l'alerte pour atteinte aux droits des personnes. L'article L.2312-59 du Code du travail prévoit que « si un membre de la délégation du personnel au comité social et économique constate, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur ». Le législateur a également proposé des exemples concrets de faits constitutifs d'une telle atteinte : le harcèlement sexuel ou moral et toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement. Il convient de préciser qu'aucune réunion du comité n'est prévue en ce sens, il s'agit d'un droit exercé individuellement par le membre de la délégation du personnel au CSE qui a constaté l'atteinte¹⁹⁰⁸.

408. Une fois l'atteinte signalée par le CSE, l'employeur est tenu de procéder à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du CSE et faire le nécessaire pour remédier la situation. L'inertie de la part de l'employeur ou son incapacité à résoudre la situation ouvrent la possibilité de saisir le bureau de jugement du conseil de prud'hommes. Cette saisine peut s'effectuer par le salarié victime de l'acte discriminatoire ou par le délégué du personnel lui-

¹⁹⁰⁸ Art. L.2312-59 C.tr. V. aussi Olivier Sévénou, *CSE : prérogatives des ex-DP et représentants de proximité*, Le Mans, GERESO, 2020, p. 83.

même, qui agit alors en substitution si le salarié ne s'y oppose pas. La réaction de l'employeur face à l'alerte du délégué va influencer la suite du contentieux. La Chambre sociale a également décidé que lorsqu'aucune suite n'a été donnée par l'employeur, le délégué qui a exercé son droit d'alerte peut saisir directement le bureau de jugement sans recourir au préalable à la conciliation¹⁹⁰⁹. Toutefois, il convient de ne pas confondre le droit d'alerte avec le droit d'agir, dont nous allons examiner les conditions dans la section suivante. Ainsi, le délégué ne peut pas utiliser son droit d'alerte pour agir en demande d'annulation d'un licenciement¹⁹¹⁰ ou d'une sanction disciplinaire¹⁹¹¹, mais peut agir lorsque sa demande vise au retrait d'éléments de preuve obtenus frauduleusement par l'employeur¹⁹¹². Cette limite est raisonnable, le droit d'agir dans le cadre du droit d'alerte devant se concentrer sur le fait de signaler et faire cesser l'atteinte commise par l'employeur et non pas consister à empiéter sur les voies de recours réservées aux salariés.

Paragraphe 2. La place de la diversité dans les dispositifs d'alerte

409. Avant la mise en place du cadre légal décrit ci-dessus, la discussion sur l'alerte professionnelle était intrinsèquement liée au débat sur la RSE et de l'entreprise éthique (B). Sous ce prisme, la diversité peut être incluse dans un dispositif d'alerte, en tant que partie intégrante de la politique managériale et la RSE de l'entreprise, qui promeut une image « éthique ». En revanche, la mise en place d'un cadre légal bien précis au niveau européen et français limite le champ matériel de l'alerte et nous conduit à nous interroger sur la place de la lutte contre les discriminations, des droits fondamentaux et, par ricochet, celle de la diversité au sein des dispositifs d'alerte légaux (A). Quel est l'intérêt d'inclure la diversité dans un débat autour de l'alerte ? Pour nous, l'alerte en matière de discrimination constitue un outil supplémentaire d'effectivité et de mise en œuvre de la diversité en entreprise. L'effectivité d'un instrument juridique ne peut être assurée sans la faculté de dénoncer des actes et comportements qui s'y opposent. En outre, les partenaires sociaux intègrent eux-mêmes dans les accords diversité des dispositifs d'alerte variés dans l'objectif de se conformer aux prescriptions légales antidiscriminatoires, mais également de témoigner de leur avancement dans leurs engagements en matière de diversité.

¹⁹⁰⁹ Cass. soc. 28 mars 2006, *RDT* 2006, p. 116, obs. Leclerc; *RJS* 2006, p. 479, n°690.

¹⁹¹⁰ Cass. soc. 3 nov. 2010, n°09-42.360.

¹⁹¹¹ Cass. soc. 9 févr. 2016, n°14-18.567, *RDT* 2016, p. 491, obs. P. Adam; *RJS* 4/2016, n°262.

¹⁹¹² Cass. soc. 10 déc. 1997, n°95-42.661 P, *RJS* 1998, p. 47, n°62.

A) Alerte légale, droits fondamentaux et lutte contre les discriminations

410. **Protection du salarié et droits fondamentaux.** La protection des lanceurs d'alerte est avant tout une question de droits fondamentaux et repose fortement sur la liberté d'expression et d'information, un lien déjà opéré par le Conseil de l'Europe¹⁹¹³ et par la jurisprudence de la CEDH¹⁹¹⁴. Pour la Cour de cassation, la faculté de dénoncer des agissements illicites fait également partie de la liberté d'expression du salarié¹⁹¹⁵ : celui-ci conserve le droit de critiquer l'entreprise ou ses supérieurs hiérarchiques, à partir du moment où il est de bonne foi et ne commet pas d'abus. Pour mettre en lumière le lien entre la dénonciation des actes discriminatoires et la liberté d'expression, prenons l'exemple de l'arrêt de la Chambre sociale du 3 juillet 2012¹⁹¹⁶ : était mise en cause la loyauté d'un cadre qui a affiché un tract syndical critiquant un projet de restructuration. Ce comportement a conduit à son licenciement, l'employeur lui reprochant la création d'un syndicat. Pour les juges du fond, le salarié a abusé de sa liberté d'expression ; toutefois la Chambre sociale a rappelé que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ».

La Cour de cassation a également effectué un lien entre la protection du salarié dénonciateur et la liberté fondamentale de témoigner, consacrée par l'article 6§1 de la CEDH, relatif au procès équitable. Dans un arrêt du 29 octobre 2013¹⁹¹⁷, la Chambre sociale se fonde sur l'article 6§1¹⁹¹⁸ mais également sur l'article 10§1¹⁹¹⁹, relatif à la liberté d'expression, et annule le licenciement pour faute grave « prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au

¹⁹¹³ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe*, Résolution 2300, 1^{er} octobre 2019.

¹⁹¹⁴ Concernant les agents publics : CEDH, 12 février 2008, *Guja c/ Moldova*, req. n°14277/04, *JCP* 2008. I. 167, n°18, obs. Sudre; *RTDH* 2009. 227, obs. Junod; *AJDA* 2008. 978, obs. Flauss.

Concernant les agents de droit privé : CEDH, 19 février 2009, *Martchenko c/ Ukraine*, req. n°4063/04, CEDH *Heinisch c/Allemagne*, req. n°28274/08.

¹⁹¹⁵ Cass. soc. 28 avril 1988, n°87-41.804, Cass. soc. 2 mai 2001, n°98-45.532, *Bull. civ.* V, n°112 ; *Dr. soc.* 2001. 1003, obs. B. Gauriau, *Soc.* 23 sept. 2015, n°14-14.021, FS-P+B, V. aussi Marie Peyronnet, « Liberté d'expression : licenciement impossible en l'absence d'abus », *D. act.*, 13 oct.2015.

¹⁹¹⁶ Cass. soc. 3 juil. 2012, n°11-10.793, P + B, v. aussi Jean Siro, « Cadre dirigeant : discrimination syndicale et liberté d'expression », *D. act.*, 27 juillet 2012.

¹⁹¹⁷ Cass. soc. 29 octobre 2013, n°12-22.447, *Bull.civ.* V., n°252 ; *D.* 2013, p. 2584 ; *ibid.* 2014, p. 302, chron. P. Flores, Fanélie Ducloz, C. Sommé, E. Wurtz, S. Mariette et A. Contamine ; *Dr. soc.* 2014. 81, obs. J. Mouly.

¹⁹¹⁸ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

¹⁹¹⁹ « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. »

bénéfice d'un autre ». La liberté fondamentale de témoigner s'applique sauf, à nouveau, en cas de mauvaise foi du salarié qui témoigne. L'argument relatif à la liberté fondamentale de témoigner permet d'étendre le champ d'application de la protection à tout type de fait mais, d'un autre côté, il se limite au témoignage en justice et suppose en toute logique qu'une action en justice ait été engagée¹⁹²⁰.

411. Quant à l'argument relatif à la liberté d'expression, il était particulièrement utile avant l'entrée en vigueur de l'article L.1132-3-3, qui a mis en place la protection pour les lanceurs d'alerte décrite ci-dessus. Lorsque les faits se sont déroulés avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2013¹⁹²¹, la Cour de cassation se fonde sur l'article 10§1 de la CEDH pour défendre le droit des salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail et prononcer la nullité de leur licenciement¹⁹²². En revanche, précisons qu'un travail de proportionnalité est toujours effectué, la liberté d'expression se trouvant parfois à l'opposé d'un devoir du salarié, le devoir de loyauté. L'objectif de protection de l'intérêt général impose la recherche d'un équilibre entre la liberté d'expression et la divulgation des informations potentiellement dommageables pour la structure visée¹⁹²³.

Les partenaires sociaux ont également soulevé le rapport entre le droit d'expression et les dispositifs d'alerte au sein des accords diversité. C'est le cas de l'accord de l'entreprise *Mesea*¹⁹²⁴ ou encore de l'accord au sein de *Paris La Défense*, ce dernier prévoyant un dispositif d'alerte en lien avec l'exercice du droit d'expression directe et collective des collaborateurs, selon lequel « si un collaborateur constate qu'un de ses collègues ne va pas bien, il est de sa responsabilité d'alerter son manager et/ou le chargé santé et qualité de vie au travail de Paris La Défense »¹⁹²⁵.

Pour certains, la protection du lanceur d'alerte est également liée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, consacrant le droit d'informer. Lancer l'alerte se traduit

¹⁹²⁰ Olivier Leclerc, *Protéger les lanceurs d'alerte, La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 79.

¹⁹²¹ Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

¹⁹²² Cass. soc. 30 juin 2016, n°15-10.557, P+B+R+I, v. aussi Marie Peyronnet, « Nullité du licenciement d'un lanceur d'alerte », *D. act.*, 8 juillet 2016.

¹⁹²³ Florence Chaltiel, *op.cit.*, p. 111.

¹⁹²⁴ Accord relatif à la qualité de vie au travail et à la promotion de l'égalité professionnelle et de la diversité de l'entreprise MESEA, 12 décembre 2018.

¹⁹²⁵ Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, à la promotion de la diversité et à la qualité de vie au travail au sein de Paris La Défense, 2020-2022, 12 décembre 2019.

ainsi par la transmission d'une information et constitue un droit appartenant non seulement au salarié mais aussi à tout citoyen¹⁹²⁶.

Enfin, d'aucuns prônent la construction d'un nouveau droit fondamental, le droit fondamental du lanceur d'alerte¹⁹²⁷. En effet, lancer l'alerte peut bien inclure la liberté d'expression ou la liberté de témoignage mais présente des enjeux différents et complexes, d'où la nécessité de créer des dispositifs légaux spécifiques pour protéger le lanceur d'alerte.

412. **Alerte légale et lutte contre les discriminations.** L'inclusion d'une thématique floue comme la diversité dans le champ matériel de l'alerte peut sembler illusoire. Toutefois, en abordant la diversité sous le prisme de la complémentarité à la lutte contre les discriminations, nous n'écartons pas l'hypothèse. L'alerte est intrinsèquement liée au débat sur les discriminations. En effet, le droit antidiscriminatoire (et l'obligation de transposer les directives des années 2000 relatives à l'égalité et la discrimination) a servi de tremplin pour le développement du système juridique des lanceurs d'alerte en France et, par conséquent, la protection des lanceurs d'alerte a été conçue comme une protection contre une discrimination illicite¹⁹²⁸.

Selon l'ancien article L. 2313-2, « Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter «de faits de harcèlement sexuel ou moral ou » de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement »¹⁹²⁹. La thématique de la diversité étant étroitement liée à celle de la lutte contre les discriminations, elle pourrait indirectement s'ajouter à cette liste, notamment lorsque le non-respect des dispositions relatives à la diversité négociées dans le cadre d'un accord ou mises en place unilatéralement par l'employeur par le biais d'un engagement unilatéral ou d'une charte est accompagné

¹⁹²⁶ Stéphanie Gibaud, *op.cit.*, p. 36 et s.

¹⁹²⁷ Florence Chaltiel, *op.cit.*, p. 117.

¹⁹²⁸ Olivier Leclerc, *op.cit.*, p. 73, Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Paris, La documentation française, 2016, p. 28.

¹⁹²⁹ Loi n°2012-954 du 6 août 2012.

d'agissements discriminatoires. Imaginons par exemple une procédure d'alerte pour détournement d'une procédure de recrutement anonyme visant la transparence et l'accroissement de la diversité au sein de l'entreprise. Dans cet exemple, le non-respect d'une mesure visant à favoriser la diversité peut constituer « une atteinte aux droits des personnes » ouvrant la possibilité de lancer l'alerte, sachant que le non-respect d'une mesure de diversité peut constituer une atteinte entrant dans le champ de l'ancien article L.2313-2.

Toutefois, pourrait encore être discutée la place de la diversité dans la nouvelle définition du lanceur d'alerte suivant la loi Sapin II du 9 décembre 2016¹⁹³⁰ : « Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. »¹⁹³¹ Ce cadre est plus large et moins précis mais nous maintenons l'inclusion de la lutte contre les discriminations en tant que thématique d'alerte.

413. À la suite de ces évolutions législatives, les partenaires sociaux saisissent de plus en plus l'occasion de prévoir des processus d'alerte spécifiques dans le cadre des accords collectifs « diversité ».

Certains accords mettent en place des procédures d'alerte traitant des aspects spécifiques de la diversité. L'on retrouve des accords qui s'intéressent notamment à l'équité salariale et prévoient des dispositifs de veille et d'alerte permettant aux salariés qui estimeraient subir une différence de rémunération non justifiée avec un ou une de leurs collègues, à postes, compétences et profils équivalents, de faire connaître leur situation auprès de la direction des ressources humaines qui, au vu des éléments transmis, pourra décider d'étudier la situation de manière plus approfondie et, le cas échéant, de corriger les éventuels écarts de rémunération non justifiés¹⁹³². D'autres accords prévoient une procédure d'alerte interne focalisée sur le signalement et le traitement

¹⁹³⁰ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique JORF n°0287 du 10 décembre 2016, art. 6.

¹⁹³¹ *Ibid.*

¹⁹³² Accord relatif à l'égalité et la diversité professionnelles entre les femmes et les hommes au sein de l'UES Nexity Promotion Construction, 29 octobre 2018, accord relatif à l'égalité et la diversité professionnelles entre les femmes et les hommes de la société PERL, 17 décembre 2019, Accord d'entreprise sur la Diversité et l'Inclusion, BNP Paribas Cardif, 16 mars 2020.

des situations de harcèlement moral et sexuel ou d'agissements sexistes¹⁹³³, souvent accompagnée d'indicateurs spécifiques mesurant le nombre d'alertes pour agissements sexistes, harcèlement sexuel ou pour discrimination remontées à la direction des ressources humaines. Dans le cadre des accords qui traitent la diversité sous une optique de QVT, les dispositifs d'alerte peuvent couvrir, outre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes, les risques psychosociaux¹⁹³⁴. Enfin, un certain nombre d'accords visent directement les actes discriminatoires et opèrent un lien avec la diversité¹⁹³⁵. Citons, par exemple, l'alerte prévue dans le cadre de l'accord de l'Établissement d'Enseignement Supérieur Consulaire Hautes Études Commerciales de Paris, qui traite spécifiquement de « tout agissement discriminant, raciste, xénophobe et/ou homophobe »¹⁹³⁶.

Quant à la procédure choisie, dans la grande majorité des cas, la tâche d'accueillir et d'évaluer l'alerte est confiée à des structures internes de l'entreprise ou du groupe : il s'agit très souvent de la direction des ressources humaines¹⁹³⁷ mais l'on retrouve plusieurs modèles : certains accords¹⁹³⁸ optent pour des cellules d'écoute et d'alerte spécifiques chargées de recueillir et traiter les signalements de faits de discrimination, de harcèlement à caractère sexuel ou d'agissements sexistes, ou de la mise en place des référents chargés de cette mission¹⁹³⁹ ; existent aussi des solutions dématérialisées à travers la mise en place d'une adresse mail dédiée

¹⁹³³ Accord sur l'égalité professionnelle, la mixité et la diversité au sein du Groupe SMA, novembre 2020, Protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la promotion de la diversité de la CPAM de Lille-Douai, 5 octobre 2020.

¹⁹³⁴ Protocole d'accord d'entreprise relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caisse d'assurance retraite et de santé au travail d'Aquitaine, 5 juillet 2018, Accord sur l'égalité professionnelle, la qualité de vie au travail et la promotion des valeurs de diversité et d'inclusion auprès des salariés de l'entreprise Generali France, 28 octobre 2020.

¹⁹³⁵ Accord diversité Avancial, 16 janvier 2019, Accord collectif d'entreprise en faveur de la Diversité de l'entreprise Garance, 10 septembre 2019, Accord Diversité et Inclusion, Metro France, 1^{er} octobre 2020.

¹⁹³⁶ Accord à l'égalité professionnelle, à la diversité, à l'inclusion et la qualité de vie au travail au sein de l'Établissement d'Enseignement Supérieur Consulaire Hautes Études Commerciales de Paris, 22 mars 2021.

¹⁹³⁷ Accord diversité Avancial, 16 janvier 2019, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et l'égalité professionnelle hommes/femmes de la Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail Centre-Val de Loire, 23 novembre 2020, Accord à l'égalité professionnelle, à la diversité, à l'inclusion et la qualité de vie au travail au sein de l'Établissement d'Enseignement Supérieur Consulaire Hautes Études Commerciales de Paris, 22 mars 2021, Accord d'entreprise sur la Diversité et l'Inclusion, BNP Paribas Cardif, 16 mars 2020, Accord relatif à l'Égalité professionnelles entre les Femmes et les Hommes, l'Égalité des chances, la Diversité, la Prévention des discriminations et la Qualité de vie au Travail au sein de l'UES Eau de SAUR, 27 février 2020.

¹⁹³⁸ Protocole d'accord d'entreprise relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caisse d'assurance retraite et de santé au travail d'Aquitaine, 5 juillet 2018, Protocole d'accord sur la lutte contre les discriminations, la promotion de la diversité et l'égalité professionnelle de l'Agence Régionale de Santé Nouvelle-Aquitaine, 1^{er} novembre 2019.

¹⁹³⁹ Accord sur l'égalité professionnelle, la qualité de vie au travail et la promotion des valeurs de diversité et d'inclusion auprès des salariés de l'entreprise Generali France, 28 octobre 2020.

assurant le respect de la confidentialité du salarié lanceur d'alerte¹⁹⁴⁰. Quoique rares, il existe des accords qui confient la tâche du recueil de l'alerte à un organisme extérieur¹⁹⁴¹.

414. En ce qui concerne la manière de traiter une alerte, il convient de préciser que la loi reste imprécise quant à la réaction appropriée de l'employeur à la suite d'une dénonciation d'un acte de harcèlement et à la nécessité de réaliser une enquête¹⁹⁴². L'ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail¹⁹⁴³ apporte davantage de précisions, telles que la discrétion pour protéger la dignité et la vie privée de chacun, l'anonymat, la réalisation d'une enquête, l'impartialité et le traitement équitable, l'intransigeance face aux fausses accusations, etc. Certains accords diversité vont jusqu'à décrire la procédure à suivre : par exemple, l'accord de l'entreprise Generali France¹⁹⁴⁴ prévoit la sollicitation des acteurs de l'Entreprise (DRHO, managers, service de santé au travail, représentants du personnel, etc.) au regard de leur expertise, leur proximité avec la situation individuelle ou collective remontée ou leur capacité à contribuer à la mise en place d'une solution appropriée ; par la suite, le référent à la RH a vocation à procéder à toutes enquêtes résultant de tout signalement effectué par l'intermédiaire du réseau d'alerte ou par le dispositif de signalement prévu par le Code de conduite concernant une situation de harcèlement sexuel ou d'agissements sexistes. Mentionnons également l'exemple de l'accord de l'UES Eau de SAUR¹⁹⁴⁵, qui procède à une description très détaillée du dispositif d'alerte et de réclamation relatif aux discriminations : dans une première étape, le salarié ou le candidat à un emploi qui s'estime victime ou qui est témoin de faits de

¹⁹⁴⁰ Accord relatif à la qualité de vie au travail et à la promotion de l'égalité professionnelle et de la diversité de l'entreprise MESEA, 12 décembre 2018, Accord relatif à l'Égalité professionnelles entre les Femmes et les Hommes, l'Égalité des chances, la Diversité, la Prévention des discriminations et la Qualité de vie au Travail au sein de l'UES Eau de SAUR, 27 février 2020, Accord relatif à l'égalité professionnelle et à la diversité au sein de la société Arkema France, 31 octobre 2018.

¹⁹⁴¹ Accord collectif d'entreprise en faveur de la Diversité de l'entreprise Garance, 10 septembre 2019 : la mise en œuvre de la procédure d'alerte a été confiée à un organisme extérieur (cabinet Grant Thornton) « pour apporter des gages d'impartialité aux salariés ».

Protocole d'accord sur la lutte contre les discriminations, la promotion de la diversité et l'égalité professionnelle de l'Agence Régionale de Santé Nouvelle-Aquitaine, 1^{er} novembre 2019 : la tâche a été confiée à ALLODISCRIM, groupement d'avocats prestataire des ministères sociaux.

¹⁹⁴² Ministère du travail, Guide pratique et juridique, *Harcèlement sexuel et agissements sexistes : prévenir, agir, sanctionner*, mars 2019,

https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/30645_dicom_-_guide_contre_harcelement_sexuel_val_v4_bd_ok-2.pdf.

¹⁹⁴³ Accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail du 26 mars 2010 et arrêté du 23 juillet 2010 portant extension d'un accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail, JORF n°0175 du 31 juillet 2010.

¹⁹⁴⁴ Accord sur l'égalité professionnelle, la qualité de vie au travail et la promotion des valeurs de diversité et d'inclusion auprès des salariés de l'entreprise Generali France, 28 octobre 2020.

¹⁹⁴⁵ Accord relatif à l'Égalité professionnelles entre les Femmes et les Hommes, l'Égalité des chances, la Diversité, la Prévention des discriminations et la Qualité de vie au Travail au sein de l'UES Eau de SAUR, 27 février 2020.

discrimination ou de « harcèlement discriminatoire » peut adresser un courriel à l'adresse électronique générique spécifiquement créée à cet effet. Par la suite, son courriel sera reçu et examiné par la personne désignée à cet effet au sein de la Direction, qui retiendra exclusivement les faits concernant les alertes et réclamations relatives à la discrimination et aux « comportements ou agissements discriminatoires ». L'auteur d'une alerte doit s'identifier et, lorsqu'il utilise le dispositif en qualité de témoin, il devra en informer préalablement la victime supposée de discrimination afin de s'assurer qu'elle n'est pas opposée à une telle démarche. L'alerte ou la réclamation est instruite par le « comité de traitement des alertes », qui estime s'il peut effectivement s'agir d'une discrimination. Le cas échéant, le dossier est instruit dans les meilleurs délais et la conservation des données à caractère personnel sera effectuée conformément aux règles en vigueur et de manière confidentielle. Enfin, après vérification des faits allégués et instruction du dossier, la DRH informe l'émetteur de l'alerte des suites données à l'alerte ou la réclamation.

Le nombre d'alertes pendant une période donnée peut également faire partie des indicateurs chiffrés dans certains accords diversité, afin de montrer l'efficacité de l'instrument mis en place. Citons le cas de l'entreprise *Garance*¹⁹⁴⁶, qui confie la charge du traitement de l'alerte à un cabinet externe et qui mentionne dans son accord que « depuis sa création, cette procédure n'a jamais été mise en œuvre. Aucune problématique portant sur des faits discriminatoires n'a été remontée à l'employeur par son biais ». Un constat qui, selon nous, peut être interprété de deux façons : comme un indice d'absence de comportements discriminatoires au sein de l'entreprise ou comme un indice d'une procédure d'alerte peu effective et/ou inaccessible aux salariés.

B) Alerte éthique et potentielle inclusion de la thématique de la diversité

415. **Alerte éthique, RSE et diversité.** La lutte contre les discriminations demeure partie intégrante de l'alerte et est donc susceptible, par ricochet, d'inclure la thématique de la diversité. La question qui se pose consiste à savoir si la diversité peut être incluse dans un dispositif d'alerte en tant que notion autonome. Bien que ceci semble improbable, nous ne pouvons pas ignorer l'existence d'alertes « éthiques » développées par les grandes entreprises elles-mêmes, notamment en matière de RSE.

¹⁹⁴⁶ Accord collectif d'entreprise en faveur de la Diversité de l'entreprise Garance, 10 septembre 2019.

Pour aller plus loin, certains auteurs opèrent une distinction théorique entre les alertes défensives, visant à protéger l'entreprise, et les alertes offensives, par lesquelles les salariés tentent de défendre leurs droits¹⁹⁴⁷. Ces dernières, aussi appelées « alertes éthiques »¹⁹⁴⁸, ont trait aux valeurs de l'entreprise et se concentrent sur les comportements non-éthiques et notamment sur les questions de corruption. En sortant du cadre législatif français, un dispositif d'alerte éthique peut être mis en place par l'entreprise elle-même en présence d'engagements de RSE, une pratique populaire auprès des sociétés multinationales qui essaient d'imposer à leurs filiales une série d'engagements entrant dans le cadre de la responsabilité sociale¹⁹⁴⁹. Ces dispositifs trouvent leur origine dans une fameuse loi américaine, le *Sarbanes Oxley Act*¹⁹⁵⁰ du 31 juillet 2002, notamment mise en place pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Cette loi américaine n'est pas sans incidence sur les affaires européennes et françaises puisqu'elle impose aux sociétés cotées aux États-Unis et à leurs filiales à l'étranger d'instaurer des procédures de *whistleblowing*¹⁹⁵¹. Ces nouvelles normes de contrôle interne peuvent toucher des irrégularités ou mauvais comportements sur les plans financier, juridique, technique, sécuritaire ou encore de réputation et figurent parmi les pratiques de management éthique, de RSE et de lutte contre la corruption¹⁹⁵².

Dans ce cadre bien élargi, on retrouve des définitions pouvant incorporer bien plus de thématiques dans les dispositifs d'alerte. L'alerte éthique s'applique à « toute personne ou groupe qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général »¹⁹⁵³. De ce point de vue, on s'éloigne du cadre strictement légal d'alerte et on entre dans des dispositifs managériaux ou de RSE qui peuvent incorporer la

¹⁹⁴⁷ René de Quenaudon, « L'ambivalence des dispositifs d'alerte professionnels en France », *BS Lefebvre*, 4/10, avr. 2010, 167 s.

¹⁹⁴⁸ Laure Romanet, Lionel Benaïche, *Les lanceurs d'alerte, auxiliaires de justice ou gardiens du silence ? L'alerte éthique en droit français*, Paris, Éditions de Santé, 2014, p. 9 et s., René de Quenaudon, *op.cit.*

¹⁹⁴⁹ René de Quenaudon, *op.cit.*

¹⁹⁵⁰ Voir page officielle dédiée à la compréhension de cette loi, *Understanding and complying with the Sarbanes Oxley Act*, <https://www.soxlaw.com>.

¹⁹⁵¹ Sandra Charreire-Petit, Joëlle Surply, « Du whistleblowing à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise », *M@n@gement*, 2008/2 (Vol. 11), p. 113-135.

¹⁹⁵² Patrice Adam, « Le retour des sycophantes ? (à propos du whistleblowing) », *op.cit.*, p. 281.

¹⁹⁵³ Francis Chateauraynaud, « Lanceur d'alerte », in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Casillo Iliaria, Barbier Rémi, Blondiaux Loïc, Francis Chateauraynaud, Fourniau Jean-Michel, Lefebvre Rémi, Neveu Catherine et Salles Denis (dir.), Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, disponible en ligne <http://www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte>.

thématique de la diversité, thématique qui trouve également ses origines dans la notion d'entreprise éthique¹⁹⁵⁴.

Ces dispositifs d'alerte (comme d'ailleurs la diversité) trouvent un support juridique à travers des codes de conduite, des chartes éthiques ou encore par le biais de la négociation collective¹⁹⁵⁵.

Toutefois, cette extension matérielle à des faits portant atteinte à l'éthique n'est pas nécessairement conforme au cadre légal français et il demeure possible de demander la suspension ou encore la nullité d'un tel dispositif devant le juge judiciaire. Par exemple, l'affichage de la note du dispositif d'alerte éthique, mis en place conformément à la loi américaine *Sarbanes-Oxley*, qui toutefois, ne se limite pas aux risques à la situation financière de l'entreprise, doit être retiré et l'application de la note suspendue. Un jugement français¹⁹⁵⁶ a déduit que l'extension du dispositif d'alerte pour incorporer l'alerte éthique de *Sarbanes-Oxley* augmente le risque de dénonciations calomnieuses et que l'employeur, avec les institutions représentatives du personnel, doit revoir son contenu et se conformer à la législation française. Outre ce contrôle de licéité générale d'un dispositif d'alerte, l'extension thématique peut également être contestée devant le juge judiciaire sur le fondement de l'absence de l'autorisation préalable de diffusion des informations internes. Nous visons notamment l'hypothèse où le dispositif d'alerte permet la diffusion d'informations sensibles, sans avoir obtenu préalablement une autorisation expresse de la CNIL¹⁹⁵⁷. Dans ce cas, le juge sera appelé à évaluer la conformité du dispositif par rapport à la Loi informatique et libertés¹⁹⁵⁸. Enfin, en ce qui concerne le rôle des partenaires sociaux, ce type de dispositif d'alerte « à l'américaine » est perçu comme un acte individuel, mettant à l'écart la dimension collective et les instances représentatives du personnel¹⁹⁵⁹. Des peines pénales peuvent également être prononcées et se cumuler avec une sanction pécuniaire de la CNIL, lorsque la mise en place du dispositif d'alerte

¹⁹⁵⁴ V. chapitre 1.

¹⁹⁵⁵ Paul-Henri Antonmattei, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français. État des lieux et perspectives », *JCP S*, n°11, 13 mars 2007, act.125.

¹⁹⁵⁶ TGI Libourne 15 septembre 2005 n°05-143, Comité d'établissement BSN Glasspack, Syndicat CGT du personnel de BSN Glasspack c/ SAS BSN Glasspack ; *RJS* 1/06 n°4.

¹⁹⁵⁷ V. la délibération de la CNIL n°2019-139 du 18 juillet 2019 portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles.

¹⁹⁵⁸ V. l'arrêt de principe Cass. soc. 8 décembre 2009 n°08-17.191, P+B+R+I ; *RJS* 2 /10, n°145. Voir aussi Paul-Henri Antonmattei, « Conditions de validité des dispositifs d'alerte professionnelle », *JCP S*, n°9-10, 2 mars 2010, 1091, Jean-Marc Albiol, Carole Maucci, Elisabeth Slattery, Kerstin Neighbour, Luis Enrique de la Villa, « Chez nos voisins européens. Le contrôle des systèmes d'alerte professionnelle et des codes de conduite », *JCP S*, n°5, 2 février 2010, act.57.

¹⁹⁵⁹ Lucien Flament, Philippe Thomas, « Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP S*, n°17, 18 octobre 2005, p. 1277.

éthique est à l'origine de délit d'entrave¹⁹⁶⁰ ou de collecte de données relatives à la race, aux opinions et aux mœurs¹⁹⁶¹. Ces risques sont présents mais ne rendent pas impossible la mise en place des dispositifs d'alerte éthique au sein des entreprises françaises. Une solution serait la dépersonnalisation de la dénonciation, en permettant aux salariés de dénoncer des faits (et non pas des personnes), ce qui éviterait une collecte de données personnelles interdite. Est également importante l'implication des représentants du personnel tant au niveau de l'élaboration qu'au niveau de la mise en œuvre du dispositif d'alerte, ce qui éviterait le risque de délit d'entrave¹⁹⁶².

416. Bien que ces discussions semblent lointaines avec la mise en place du cadre légal d'alerte, la RSE continue de jouer un rôle important dans l'application des dispositifs d'alerte, notamment en présence d'entreprises transnationales, implantées également dans des pays où le cadre légal français et européen n'est pas applicable. En France, l'Agence française anticorruption (AFA) a publié des recommandations en la matière le 12 janvier 2021¹⁹⁶³, en regroupant les principes en matière d'alerte en trois piliers : l'engagement de l'instance dirigeante, la cartographie des risques d'atteintes à la probité et les mesures et procédures des risques d'atteintes à la probité. Ces recommandations vont plus loin par rapport à ce qui est prévu par la loi et invitent certains auteurs à s'interroger sur la coexistence de règles juridiques avec les règles de compliance¹⁹⁶⁴. L'alerte se présente ainsi comme « un outil d'intelligence économique » dont le cadre et la procédure doivent s'adapter selon le cas : ainsi, doit être distinguée l'alerte sur la corruption, de celle portant sur le harcèlement ou encore les discriminations¹⁹⁶⁵.

En outre, l'Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises (ORSE) a publié en 2017 un guide sur l'éthique selon lequel « l'alerte éthique est en train de s'affirmer comme un

¹⁹⁶⁰ L'employeur doit informer les salariés et les instances représentatives du personnel de l'existence du dispositif d'alerte.

¹⁹⁶¹ Art. 226-19 C. pén.

¹⁹⁶² Lucien Flament, Philippe Thomas, *op.cit.*

¹⁹⁶³ AFA, Les recommandations de l'AFA, *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds public et de favoritisme*, JORF n°0010 du 12 janvier 2021, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Recommandations%20AFA.pdf>.

Voir aussi William Feugère, « Nouvelles recommandations de l'AFA : révision ou révolution ? », *D. act.*, 2 février 2021.

¹⁹⁶⁴ William Feugère, « Nouvelles recommandations de l'AFA : révision ou révolution ? », *D. act.*, 2 février 2021.

¹⁹⁶⁵ William Feugère, *op.cit.*

dispositif essentiel de détection, de prévention et de régulation de problèmes éthiques »¹⁹⁶⁶. Ce guide liste des exemples et pratiques concrets d'alerte éthique : la Direction de l'éthique de Renault a mis en place un « dispositif éthique » avec un dispositif d'alerte professionnel pour couvrir simultanément les différents pays où Renault exerce son activité industrielle et commerciale¹⁹⁶⁷ ; L'Oréal dispose d'une « ligne d'alerte éthique » accompagnée de *reporting annuel* (son dispositif met également l'accent sur la diversité des salariés de l'entreprise, raison pour laquelle le site internet d'alerte éthique existe en 26 langues)¹⁹⁶⁸ ; enfin, le Groupe Crédit Agricole dispose également d'une charte éthique où figure expressément le droit d'alerte¹⁹⁶⁹.

Enfin, nous retrouvons le concept d'alerte éthique au sein de certains accords diversité. L'accord de la société Naval Group¹⁹⁷⁰ prévoit que « les personnels ont le choix de saisir le Comité éthique, de recourir à la ligne d'alerte éthique sécurisée et confidentielle de Naval Group ou de faire appel au Référént Discrimination, désignés par le DRH de chaque établissement et dont les coordonnées seront communiquées sur les panneaux d'affichage des différents sites. L'envoi d'une alerte sur la ligne éthique sécurisée et confidentielle de Naval Group entraîne, si l'alerte le nécessite la saisine du Comité éthique ». L'accord diversité de BNP Paribas Factor¹⁹⁷¹ prévoit que dans le cadre de sa politique de lutte contre les discriminations et de promotion de la Diversité, les collaborateurs ont à leur disposition différentes voies de recours ou canaux d'alerte, y compris le Whistleblowing ou droit d'alerte éthique, concernant le collaborateur témoin ou victime d'une situation de discrimination, de harcèlement ou de violence au travail. L'accord de l'entreprise MESEA¹⁹⁷² met en place des dispositifs d'alerte spécifiques au « lanceur d'alerte éthique » en référence à la charte éthique du groupe. Le champ matériel de cette alerte est bien élargi puisqu'il comprend les signalements relatifs « à l'existence de conduite ou de situation contraire aux règles en matière d'éthique des affaires, environnement, santé sécurité au travail, droits humains et libertés fondamentales ». L'accord d'entreprise de *Garance*¹⁹⁷³ interprète la loi Sapin II sous le prisme de l'alerte éthique en mettant en place une procédure permettant à ses collaborateurs « de signaler un crime, un

¹⁹⁶⁶ ORSE, *Éthique, responsabilité et stratégie d'entreprise*, Paris, septembre 2017, p. 13.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 48-49

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 38-39

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹⁷⁰ Accord favorisant la diversité et relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à l'emploi des personnes en situation de handicap de l'UES Naval Group, 25 janvier 2018.

¹⁹⁷¹ Accord sur la diversité et l'inclusion au sein de BNP Paribas Factor, 23 juillet 2019.

¹⁹⁷² Accord relatif à la qualité de vie au travail et à la promotion de l'égalité professionnelle et de la diversité de l'entreprise MESEA, 12 décembre 2018.

¹⁹⁷³ Accord collectif d'entreprise en faveur de la Diversité de l'entreprise Garance, 10 septembre 2019.

délit ou tout autre manquement à des règles légales ou éthiques constaté dans l'entreprise ». Enfin, l'accord d'entreprise d'*Arkema*¹⁹⁷⁴ prévoit un processus d'alerte, conformément au Code de conduite et d'éthique des affaires d'Arkema, avec la possibilité de saisir « le Comité de conformité de toute question sur un sujet d'éthique ou de conformité ».

417. **Conclusion.** La dénonciation des actes discriminatoires (ainsi que la protection légale des dénonciateurs) est importante pour combattre les discriminations et mettre en œuvre effectivement les démarches en matière de diversité au sein de l'entreprise. Le cadre légal protecteur est en constante évolution ces dernières années au niveau interne mais aussi européen et international, ce qui n'empêche toutefois pas l'intégration des préoccupations managériales et éthiques dans le débat autour de l'alerte. De ce point de vue, la diversité, et le non-respect des engagements en la matière, peuvent faire partie d'une alerte, notamment lorsque l'emploi du terme « diversité » par les entreprises et les partenaires sociaux vise à accompagner le cadre légal de la lutte contre les discriminations. Enfin, les partenaires sociaux semblent accorder une certaine importance aux dispositifs d'alerte au sein des accords diversité, l'alerte se manifestant comme une étape importante dans l'effectivité de la mise en place des engagements négociés en la matière.

La dénonciation étant l'étape préliminaire, la question demeure quant à la réaction collective face à un acte discriminatoire et aux conséquences du non-respect des engagements entrepris en matière de diversité.

Section 2. L'action collective et la défense de la diversité

418. En France, la liberté syndicale s'exprime par le pluralisme syndical, qui permet à plusieurs organisations d'intervenir pour défendre les intérêts des salariés et l'intérêt collectif de la profession. Ce droit d'agir reconnu aux syndicats est fondé sur la spécificité des relations du travail et constitue un levier de progrès social et, à ce titre, une forme d'action collective¹⁹⁷⁵. En outre, avec la consécration de l'action de groupe par la loi de la modernisation de la justice

¹⁹⁷⁴ Accord relatif à l'égalité professionnelle et à la diversité au sein de la société Arkema France, 31 octobre 2018.

¹⁹⁷⁵ Sophie Rozez, « Les acteurs spécialement habilités à agir pour la défense d'un intérêt collectif », In *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Ismael Omarjee, Laurence Sinopoli (dirs), Paris, CEJEC, Dalloz, 2014, p. 145.

du XXI^e siècle du 18 novembre 2016¹⁹⁷⁶, les organisations syndicales disposent d'un outil spécifique pour adopter un rôle plus actif dans le combat contre les discriminations.

Les organisations syndicales disposent de la faculté d'agir en justice lorsque des engagements conventionnels ne sont pas respectés ou si des agissements discriminatoires se produisent. Ils peuvent par conséquent agir pour revendiquer l'application des instruments en matière de diversité et défendre des intérêts individuels ou collectifs qui en découlent. Il convient d'opérer une distinction entre les différentes actions en justice, et notamment entre « action de groupe » et « action de groupement ». En effet, l'action de groupe fait partie des actions de groupements qui peuvent avoir des objets et des formes diverses. Les actions de groupement se réfèrent en premier lieu aux actions ouvertes aux groupements dotés de la personnalité morale : il appartient au groupement et non pas à ses membres de défendre ses intérêts en justice¹⁹⁷⁷. En ce qui concerne plus spécifiquement le domaine de la défense des intérêts, distinguons l'action de groupe de l'action de groupement pour la défense collective des intérêts individuels des membres du groupement : le groupement agit en son propre nom et non pas au nom de ses membres afin de défendre collectivement des intérêts individuels¹⁹⁷⁸. Un tel exemple serait l'action de substitution collective, ou l'action à l'atteinte de l'intérêt collectif de la profession.

Il convient de distinguer les actions de substitution (qui pourraient être « collectives » lorsque plusieurs salariés sont concernés) des actions pour l'intérêt collectif de la profession : dans le premier cas, le syndicat est appelé à défendre un intérêt individuel tandis que dans le second, pour que le syndicat puisse former une demande recevable, il faut démontrer qu'un intérêt général est mis en cause¹⁹⁷⁹.

419. Quant à la faculté d'agir en groupe contre les discriminations, l'action de groupe, suivant la voie de la *class action* anglo-saxonne, constitue la procédure par excellence où « une ou plusieurs personnes agissent en justice au nom d'une catégorie d'individus partageant un intérêt commun »¹⁹⁸⁰. Apparue dans le droit américain des années 1960, la *class action* américaine

¹⁹⁷⁶ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

¹⁹⁷⁷ Nicolas Cayrol, « Action en justice – Intérêt direct et personnel », In *Répertoire de procédure civile*, juin 2019, §397.

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*, §411.

¹⁹⁷⁹ Julien Cortot, « Quand le contrat de travail limite l'action en justice du syndicat. Soc. 12 juill. 2017, FS-P+B, n°16-10.460 », *D. act.*, 7 septembre 2017.

¹⁹⁸⁰ Allison Fiorentino, « Les class actions en droit du travail américain », *JCP S*, 2012, n°1415, p. 12.

était le modèle de référence des actions de groupe, notamment pour les pays de tradition juridique anglo-saxonne, qui ont rapidement développé de telles actions au sein de leurs propres systèmes juridiques¹⁹⁸¹. L'introduction des actions de groupe dans les systèmes romano-germaniques s'est révélée plus compliquée en raison des différences quant à la procédure, la procédure étant accusatoire pour les pays de *common law* et inquisitoire pour les pays romano-germaniques¹⁹⁸². L'action de groupe nécessite la représentation en justice d'individus par une tierce personne, ce qui constitue une dérogation du principe *nul ne plaide par procureur*.

Afin d'examiner les options possibles pour la défense des engagements en matière de diversité, nous allons dans un premier temps envisager les actions collectives en général (paragraphe 1) avant de mettre l'accent sur l'action de groupe contre les discriminations (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les actions collectives : une protection indirecte des prérogatives issues des démarches en matière de diversité

420. En examinant l'effectivité juridique des accords collectifs en matière de diversité, il convient d'analyser comment les partenaires sociaux peuvent intervenir afin de revendiquer l'exécution de l'accord collectif de diversité ou réagir face à des décisions ou accords qui ne le respectent pas.

Le droit d'agir en justice est ouvert aux syndicats dans un cadre précisé par la loi et la jurisprudence. En premier lieu, afin de déterminer le champ d'action du syndicat, une distinction doit être opérée entre l'action individuelle et l'action fondée sur un intérêt collectif. En deuxième lieu, et une fois cette distinction opérée, il faut déterminer si le syndicat peut agir dans le cadre d'une action individuelle en se substituant par exemple à l'action individuelle du salarié (A) ou lorsqu'un intérêt collectif est mis en cause (B).

A) Des actions individuelles exercées collectivement : la faculté d'agir en justice en substitution de l'action individuelle du salarié

421. La faculté d'agir en substitution pour autrui est par principe interdite, conformément aux articles 30 et 31 du Code de procédure civile, selon lesquels l'auteur d'une prétention a le

¹⁹⁸¹ C'est le cas pour le Royaume Uni, le Canada et l'Australie. Mélanie Leclerc, *op.cit.*, p. 49-51.

¹⁹⁸² *Ibid.*, p. 52.

droit d'agir en justice lorsqu'il a un intérêt légitime au succès ou au rejet de sa prétention. Toutefois, le rapport de force inégalitaire caractérisant la relation de travail a permis certaines exceptions à ce principe. Pour garantir une défense plus efficace des intérêts des salariés, les organisations syndicales représentatives peuvent agir en justice en substitution de l'action individuelle du salarié concernant certaines matières énumérées par le législateur. Cette action peut être qualifiée d'« hybride » : elle n'est pas une action individuelle mais ne peut pas non plus être qualifiée d'action entièrement collective, puisqu'elle vise à défendre des intérêts individuels. Elle opère un transfert de l'individu vers le collectif, puisque les intérêts lésés concernent les droits fondamentaux, une norme collective ou une catégorie de travailleurs vulnérables et risquent de toucher toute une communauté de travailleurs¹⁹⁸³.

En droit français, le Code du travail prévoit différentes dispositions permettant aux syndicats d'agir en substitution de l'action individuelle du salarié sur différentes thématiques : l'action en substitution en faveur des salariés licenciés pour un motif économique¹⁹⁸⁴, en faveur des salariés victimes de harcèlement¹⁹⁸⁵, en faveur des salariés en CDD¹⁹⁸⁶, en faveur des salariés victimes de marchandage¹⁹⁸⁷ ou pour défendre les intérêts de leurs membres issus d'un accord ou convention collective¹⁹⁸⁸. Lorsque le litige individuel concerne l'application d'une convention collective, l'action est ouverte à tout syndicat, qu'il soit ou non signataire de l'accord, dont les membres adhérents se trouvent liés par la convention ou l'accord¹⁹⁸⁹. Le syndicat peut agir à titre principal ou intervenir auprès du salarié ayant déjà engagé une action individuelle. Cette action pourrait être envisagée pour défendre le non-respect d'un accord diversité. Les droits individuels qui ressortent d'un accord diversité seront dans la plupart des cas liés au droit antidiscriminatoire. Malgré le fait que cette option reste toujours possible, une action en substitution en matière de discrimination nous semble plus probable.

422. L'action en substitution en matière de discrimination. En ce qui concerne plus particulièrement la diversité et la lutte contre les discriminations, nous pouvons mettre l'accent

¹⁹⁸³ Sophie Rozez, « Les acteurs spécialement habilités à agir pour la défense d'un intérêt collectif », *op.cit.*, p. 151.

¹⁹⁸⁴ Ancien art. L.321-15, créé par la loi n°89-549 du 2 août 1989, art.2, JORF 8 août 1989, devenu L.1235-8 C.tr.

¹⁹⁸⁵ Ancien art. L.122-53, créé par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, art.169, JORF 18 janvier 2002, devenu L.1154-2.

¹⁹⁸⁶ Ancien art. L.122-3-16, créé par la loi n°90-613 du 12 juillet 1990, devenu art.L.1247-1 C.tr.

¹⁹⁸⁷ Ancien art. L.125-3-1, créé par la loi n°90-613 du 12 juillet 1990, article 30, devenu art. L.8233-1 C.tr.

¹⁹⁸⁸ Ancien art. L.135-4, créé par la loi n°73-4 du 2 janvier 1973, JORF 13 juillet 1973, devenu art.L.2262-9 C.tr.

¹⁹⁸⁹ Cass. soc. 14 févr. 2001, n°98-46.149 P: D. 2001. Somm. 2172, obs. Géniaut; *RJS* 2001. 342, n°479; *Dr. soc.* 2001. 572, obs. Miné; *Dr. ouvrier* 2001. 174, n°632, Cass. soc. 9 avr. 2002, n°99-45.963 P: *RJS* 2002. 637, n°816.

sur la loi du 20 octobre 1981¹⁹⁹⁰ permettant aux organisations syndicales d'exercer en justice l'action en substitution en faveur des travailleurs étrangers, à condition que ces derniers n'aient pas déclaré s'y opposer¹⁹⁹¹. Deux ans plus tard, la loi du 14 juillet 1983¹⁹⁹² consacre une telle action pour la thématique de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, action permettant aux syndicats d'exercer en justice cette action en faveur du salarié discriminé, sans avoir à justifier d'un mandat¹⁹⁹³.

L'action en substitution en matière de discrimination a été généralisée après la loi du 16 novembre 2001¹⁹⁹⁴ et l'article L.1134-2 du Code du travail prévoit désormais une action en substitution en faveur d'un salarié ou d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise, ayant subi tout type de discrimination prévu par la loi. L'action est ouverte aux organisations syndicales représentatives au niveau national, au niveau départemental ou de la collectivité et au niveau de l'entreprise, sans besoin de justifier un mandat, à condition qu'elles aient informé l'intéressé par écrit et que celui-ci ne se soit pas opposé à la démarche dans un délai de 15 jours à compter de la notification de la décision de l'organisation syndicale, son silence valant acceptation implicite de la procédure¹⁹⁹⁵. Selon la jurisprudence, le délai commence à courir dès lors qu'un délai de quinze jours s'est écoulé entre l'information du salarié et le moment où le juge statue¹⁹⁹⁶.

L'action du syndicat n'empêche pas l'intéressé d'intervenir à l'instance lorsqu'il le souhaite et sa potentielle opposition à l'action du syndicat n'équivaut pas à la renonciation au droit d'intenter une action personnelle¹⁹⁹⁷. En effet, cette action a été vivement critiquée¹⁹⁹⁸ car elle induit le risque de faire passer l'initiative du syndicat avant celle du salarié concerné. Pour d'autres auteurs¹⁹⁹⁹, il n'y a pas d'atteinte à la liberté personnelle des salariés puisque le

¹⁹⁹⁰ Loi 81-941 du 17 octobre 1981, art. 6, JORF 20 octobre 1981.

¹⁹⁹¹ Ancien art. L.341-6-2, devenu L.8255-1 C.tr.

¹⁹⁹² Loi 83-635 du 13 juillet 1983, art. 1, JORF 14 juillet 1983.

¹⁹⁹³ Ancien art. L.123-6, devenu L.1144-2 C.tr.

¹⁹⁹⁴ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JORF n°267 du 17 novembre 2001.

¹⁹⁹⁵ Il faut préciser que tel n'est pas le cas pour toutes les actions de substitution. Lorsque, par exemple, l'action concerne des agissements de harcèlement sexuel, le syndicat doit justifier d'un accord écrit de l'intéressé.

Art. L.1155-2 C.tr.

¹⁹⁹⁶ Cass. soc. 1^{er} févr. 2000, n°98-41.624 P: *D.* 2000, p. 65, *RJS*, 2000, 275, n°381.

En outre, l'information du salarié n'a pas à être renouvelée lorsque le syndicat forme un pourvoi en cassation. Cass. crim. 3 oct. 1990, n°88-82.005.

¹⁹⁹⁷ Cass. soc. 12 févr. 2008, n°06-45.397 P: *RJS* 2008. 298, n°374.

¹⁹⁹⁸ Maurice Cohen, « Le droit de substitution, un cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.*, 1990, p. 790.

¹⁹⁹⁹ Franck Petit, « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. soc.*, 2004, p. 262.

déclenchement de l'action est soumis à une procédure qui laisse peu de place à l'ignorance de l'individu concerné, lequel peut intervenir à tout moment ou encore mettre un terme à l'instance. Le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur ce risque de placer les organisations syndicales au-dessus des individus et porter atteinte à la liberté des salariés, et notamment à leur liberté de conscience. Dans sa décision du 25 juillet 1989²⁰⁰⁰, le Conseil constitutionnel reconnaît qu'il est loisible au législateur « de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective », à condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action. En outre, il convient de préciser que cet avertissement par écrit engage l'organisation syndicale et constitue une formalité substantielle : le syndicat ne peut présenter que les demandes incluses dans la lettre, pour toute demande supplémentaire, le syndicat doit à nouveau informer par écrit l'intéressé²⁰⁰¹.

Dans un effort du législateur d'impliquer tous les acteurs concernés, peuvent également agir en substitution les associations constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations²⁰⁰². À l'opposé des actions initiées par un syndicat, l'action en substitution d'une association nécessite que cette dernière justifie d'un accord écrit de la personne intéressée²⁰⁰³.

423. Le risque de l'identification du salarié substitué. Lorsque l'action en substitution concerne l'application d'une convention collective, la rectification n'est recevable que lorsque le syndicat demandeur indique le nom des adhérents concernés, rendant ainsi possible la détermination de leurs droits individuels, la vérification de ce qu'ils sont avertis de l'action et la prononciation d'une condamnation au profit de chacun d'eux²⁰⁰⁴. De la même façon, lorsque cette action est engagée en faveur d'un salarié discriminé, celui-ci ne peut rester anonyme. Cette nécessaire identification peut se révéler plus néfaste que bénéfique pour le salarié substitué et

²⁰⁰⁰ Cons. const. 25 juill. 1989, décision n°89-257 DC.

²⁰⁰¹ Cass. soc. 1^{er} févr. 2000, n°98-46.201 P+B ; *Bull. civ.* 2000, V, n°53 ; *JCP G* 2001, II, 10451, note E. Jeuland.

²⁰⁰² Art.L.1134-3 C.tr.

²⁰⁰³ Cette même condition d'accord préalable à l'action en substitution des associations se retrouve en droit pénal. Dans cette matière, l'action concerne les associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre les violences sexuelles, contre le harcèlement sexuel ou contre les violences exercées sur un membre de la famille et intervient pour les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, les agressions et autres atteintes sexuelles, l'enlèvement et la séquestration et la violation de domicile. Art. 2-2 C. proc. pén.

²⁰⁰⁴ Cass. soc. 3 novembre 1972, *Bull.civ.* V, n°595.

pour sa protection face à des mesures de représailles ou de licenciement à la suite d'une action de substitution²⁰⁰⁵. Toutefois, en ce qui concerne la thématique de la discrimination, une protection renforcée est mise en place par le législateur afin d'éviter les mesures de rétorsion suite à une action en justice engagée en faveur du salarié : tout licenciement sera nul et non avenu et le salarié pourra réintégrer l'entreprise, ou bénéficier des indemnités de l'article L.1235-3-1 du Code du travail²⁰⁰⁶. Il faut toutefois prouver l'existence d'un lien de causalité entre le licenciement et l'action en justice, une démarche aisée lorsque la lettre de licenciement y fait référence²⁰⁰⁷. Néanmoins, en l'absence d'une telle référence, cette démarche se complique et nécessite que le salarié démontre que la rupture de son contrat de travail constitue une mesure de rétorsion à l'action en justice introduite pour faire valoir ses droits²⁰⁰⁸.

424. L'action en substitution pour la défense de la diversité ? L'utilité de l'action de substitution est indéniable : elle joue un rôle palliatif face au risque d'inertie du salarié, qui peut être réticent à défendre lui-même ses droits compte tenu de sa situation personnelle ou contractuelle précaire²⁰⁰⁹. Cette vulnérabilité du salarié est plus intense encore lorsqu'il devient victime de discrimination, l'intervention et le soutien des organisations syndicales pouvant être déterminants pour rectifier la situation et obtenir une réparation pour le salarié lésé. En ce qui concerne plus particulièrement la diversité, nous ne pouvons pas ignorer que la sécurisation et l'envie d'éviter les poursuites judiciaires en matière de non-discrimination constituent des objectifs primaires de la mise en place des politiques de diversité pour l'employeur. Il incombe par conséquent aux partenaires sociaux d'opérer un contrôle sérieux des engagements conventionnels de l'employeur en matière de diversité et d'intervenir à travers l'action en substitution lorsque ceux-ci ne sont pas respectés ou lorsque des agissements discriminatoires se sont produits. À travers cette intervention des organisations syndicales, un renforcement de la diversité en entreprise et une potentielle transformation d'un outil de communication en un vrai allié contre les discriminations deviennent possibles. En revanche, il convient également

²⁰⁰⁵ Henri Peschaud, « Le droit de substitution et les garanties des salariés », *Dr. ouvr.*, nov. 2000, p. 478.

²⁰⁰⁶ Art. L.1134-4 C.tr.

²⁰⁰⁷ Cass. soc. 3 juill. 2019, n°17-31.793, Cass. soc. 3 févr. 2016, n°14-18.600 P: *D.* 2016, p. 383; *RDT* 2016, p. 433, obs. Enjolras.

²⁰⁰⁸ Cass. soc. 9 oct. 2020, n°17-24.773 P: *D.* 2019, p. 1998; *RDT* 2019, p. 801, note Guiomard; *RJS* 12/2019, n°688; *JCP S* 2019. 1335, obs. Cailloux-Meurice, Cass. soc. 30 sept. 2020, n°19-10.633.

Rapporter cette preuve peut se révéler difficile, puisque le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'une mesure de licenciement ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice. Cass. soc. 4 nov. 2020, n°19-12.367 P: *D. act.* 2 déc. 2020, obs. Couédel.

²⁰⁰⁹ Grégoire Loiseau, « Limites à l'action syndicale de substitution », *JCP S*, n°49, 4 décembre 2012, p. 1521, Henri Peschaud, *op.cit.*, Sophie Rozez, « Les acteurs spécialement habilités à agir pour la défense d'un intérêt collectif », *op.cit.*, p. 150.

de signaler que cette action est très peu utilisée²⁰¹⁰. Il serait plus intéressant d'articuler cette action avec l'action pour défendre l'intérêt collectif, lorsque les syndicats considèrent qu'à part l'atteinte portée aux intérêts individuels, est également lésé l'intérêt collectif.

B) Des actions en défense des intérêts collectifs

425. Les organisations syndicales disposent du droit d'agir en défense de l'intérêt collectif de la profession dans un cadre spécifique délimité par la loi. Les instances représentatives du personnel ont aussi un rôle à jouer dans la défense des intérêts collectifs, bien que leur intervention demeure beaucoup plus limitée par rapport à celle des syndicats.

1. *L'action en défense de l'intérêt collectif de la profession*

426. Reconnu pour la première fois en droit français par la loi du 12 mars 1920²⁰¹¹, le droit des syndicats d'agir en justice est consacré par l'article L.2132-3 du Code du travail, selon lequel les syndicats peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Cette action permettra au syndicat de contester une clause discriminatoire ou des effets discriminatoires découlant d'un accord collectif²⁰¹². À la différence d'une action de substitution, le salarié potentiellement concerné par cette action ne peut s'y opposer, et son accord ou désaccord importe peu²⁰¹³, puisque le syndicat agit dans le cadre de l'intérêt collectif : « c'est pourquoi un intérêt collectif détachable de l'intérêt individuel est exigé pour agir à l'encontre d'un acte ou d'une décision de l'employeur »²⁰¹⁴. La recevabilité de l'action repose sur la démonstration d'une atteinte à l'intérêt collectif de la profession. Cet « intérêt collectif » n'est pas défini juridiquement et, comme certains auteurs le remarquent, il est peut-être préférable qu'il demeure indéfini ; en étant indéterminé, il est déterminable au fil des applications que l'on en fait²⁰¹⁵. Il faut toutefois bien distinguer l'intérêt collectif du

²⁰¹⁰ Maria-Laure Dufresne-Castets, « Actualité des actions de substitution et des actions collectives », *Dr. ouvr.*, mars 2004, p. 124, Laurence Pécaut-Rivolier, *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise : Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport public, 17 déc. 2013, p. 137.

²⁰¹¹ Loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels, JORF du 14 mars 1920

²⁰¹² Marie José Azar-Baud, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr.soc.*, 2020, p. 353.

²⁰¹³ Ceci est démontré par les arrêts sur le travail dominical où la Chambre sociale affirme que « la circonstance que les salariés d'une entreprise ou d'un établissement sont consentants pour travailler le dimanche est sans incidence sur le droit d'agir du syndicat qui poursuit la réparation d'une atteinte à l'intérêt collectif de la profession en présence d'une méconnaissance du repos dominical », Cass. soc. 22 janvier 2014, n°12-27.478, *Bull. civ. V*, n°31.

²⁰¹⁴ Marie José Azar-Baud, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr.soc.*, 2020, p. 353.

²⁰¹⁵ Grègoire Loiseau, *op.cit.*

groupement d'intérêts individuels ou encore de l'intérêt général. Concernant ce dernier, l'action syndicale ne peut avoir pour objet de remplacer l'action du ministère public dans l'application de la législation du travail²⁰¹⁶. Quant à la distinction entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, elle était déjà établie dans le fameux arrêt *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* du Conseil d'État de 1906, et les conclusions du président de la Section du contentieux Jean Romieu :

« L'action syndicale est celle que le syndicat exerce en son nom propre comme personne civile chargée de la défense des intérêts collectifs dont elle a la garde; il faut pour qu'elle puisse exister, qu'il s'agisse d'un intérêt professionnel collectif et que les conclusions ne contiennent rien ayant un caractère purement individuel... l'action individuelle, au contraire, tend à obtenir un avantage déterminé au profit d'un membre du syndicat nominativement désigné... elle ne peut être exercée que par l'individu intéressé agissant lui-même ou par mandataire; elle ne peut être intentée d'office par le syndicat prétendant exercer en son nom l'action syndicale dans l'intérêt de ses membres ut singuli... Si l'action syndicale n'est pas, dans ce cas, recevable, ce n'est nullement qu'il n'ait pas intérêt à la solution du litige... c'est que son action directe se trouve empêchée par l'application du principe "Nul ne plaide par procureur"; si le syndicat ne peut exercer à titre d'action syndicale une action individuelle, rien ne s'oppose à ce qu'il soit choisi comme mandataire par l'individu intéressé pour exercer l'action individuelle au nom de ce dernier. »²⁰¹⁷

Cette décision a posé les grandes lignes de la distinction entre l'intérêt collectif et l'intérêt individuel, mais également la façon dont le juge administratif apprécie l'intérêt des syndicats, ce qui déterminera par conséquent si un recours en excès de pouvoir sera recevable²⁰¹⁸.

Comme l'explique Madame Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller à la Cour de Cassation, l'intérêt collectif « n'est pas une simple addition mathématique des voix que chacun des salariés que l'intérêt collectif représente pourrait exprimer. L'intérêt collectif n'est pas non plus un intérêt général censé représenter un idéal abstrait sociétal. C'est une notion spécifique, propre au monde du travail et plus particulièrement à la représentation des travailleurs, qui est à la fois en surplomb et concrète »²⁰¹⁹. Elle procède à une catégorisation des questions entrant dans le

²⁰¹⁶ Franck Petit, « Actualité de l'action syndicale en matière prud'homale », *JCP S*, n°34, 30 août 2016, p. 1291.

²⁰¹⁷ CE 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, Rec. p. 977, GAJA, 22^{ème} éd., n°16, concl. J. Romieu ; S. 1907, 3, p. 23, concl. J. Romieu ; RDP 1907, p. 25, note G. Jèze.

²⁰¹⁸ Gaëlle Dumortier, « L'intérêt pour agir des syndicats professionnels en excès de pouvoir : que collecte l'intérêt collectif ? » *JS Lamy*, n°500, 19 juin 2020.

²⁰¹⁹ Laurence Pécaut-Rivolier, « L'intérêt collectif des syndicats, au-delà de l'intérêt pour agir ? », *JS Lamy*, n°500, 19 juin 2020.

champ de l'intérêt collectif : les questions de principe, c'est-à-dire les questions qui peuvent être étendues à toute l'entreprise ou à plusieurs entreprises ou qui touchent aux grands principes du droit du travail qui incluent entre autres les questions sur la discrimination²⁰²⁰ ; les questions en lien avec l'application ou l'interprétation d'un accord collectif dont l'inexécution cause nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession ; et enfin les questions qui intéressent de nombreux salariés, à condition que ces questions touchent une catégorie de personnes et ne visent pas à satisfaire des intérêts purement personnels de ces salariés²⁰²¹. Si toutefois la disposition litigieuse visait des personnes déterminées, cela aurait pour effet d'individualiser le litige et de rendre l'action irrecevable²⁰²².

427. Nous pouvons envisager des actions, touchant directement ou indirectement à la diversité, fondées sur les trois catégories de questions. Concernant la première catégorie, les questions de principe, nous pouvons imaginer un recours qui concerne des agissements discriminatoires provenant d'une décision de l'employeur ou encore de la clause d'un accord collectif autre ou de l'accord diversité lui-même. Quant à la deuxième catégorie, les questions en lien avec l'application ou l'interprétation d'un accord collectif, l'inexécution des engagements pris dans le cadre d'un accord collectif en matière de diversité pourrait justifier une telle action. L'intérêt collectif est incontestable et la jurisprudence a reconnu le bien fondé des actions revendiquant l'exécution²⁰²³ ou le respect²⁰²⁴ d'une convention collective. A priori, en matière de demande d'exécution d'un accord collectif, l'article L.2262-11 du Code du travail ne permet qu'aux syndicats liés par cet accord d'agir en justice et revendiquer son exécution. Toutefois, la jurisprudence²⁰²⁵ a reconnu que l'inexécution d'un accord collectif cause nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession, ce qui permet aux syndicats non-signataires d'agir sur le fondement de l'article L.2132-3 du Code du travail.

La dernière catégorie, regroupant les questions qui intéressent de nombreux salariés, est la plus vague, puisqu'elle nécessite de démontrer l'existence d'un intérêt collectif, le seul nombre de

²⁰²⁰ Cass. soc. 2 juin 1983, *Bull.civ.* V, n°305 : En présence d'une question susceptible d'être étendue à la profession, l'action est considérée recevable

²⁰²¹ Laurence Pécaut-Rivolier, « L'intérêt collectif des syndicats, au-delà de l'intérêt pour agir ? », *op.cit.*

²⁰²² Sophie Rozez, « Les acteurs spécialement habilités à agir pour la défense d'un intérêt collectif », In *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Ismael Omarjee, Laurence Sinopoli (dirs), Paris, CEJEC, Dalloz, 2014, p. 147.

²⁰²³ Cass. soc. 20 juin 1990, n°88-12.516, *Bull. civ.* V, n°308, Cass. soc. 3 mai 2007, n°05-12.340, *GADT*, n°34, *RDT* 2007, p. 536, obs. G. Borenfreund, *JSL* 2007, n°218-4.

²⁰²⁴ Cass. soc. 10 février 2016, n°14-26.304, P+B.

²⁰²⁵ Cass. soc. 12 juin 2001, Eurodisney, n°00-14.435, *Bull.civ.* V, n°221 ; *D.* 2001, p. 2240 ; *D.* 2002, p. 361, note H. Nasom-Tissandier et P.Rémy ; *ibid.*, p. 503, note J.M. Verdier ; *Dr. soc.* 2001, p. 1019, obs. P.H. Antonmattéi ; *RJS* 2001, p. 715, n°1045.

salariés n'étant qu'indicatif. Pour cette dernière catégorie, nous pourrions envisager une telle action en matière de discrimination ou de diversité sous le prisme du principe d'égalité de traitement : en effet, il existe des exemples d'actions en défense de l'intérêt collectif de la profession visant à revendiquer l'application du principe d'égalité de traitement²⁰²⁶. La dimension collective relève dans ces cas du fait que l'inégalité frappe un ou plusieurs groupes de salariés et n'implique pas l'examen de la situation personnelle de chaque salarié afin de déterminer s'il était lui-même victime d'une inégalité de traitement. Dans la situation inverse, où l'action vise à restituer des avantages individuels, l'on se trouve dans le domaine de l'action par substitution, et une action pour la défense de l'intérêt collectif ne serait pas recevable par le juge. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour de cassation de 2013, où était en cause une prime de repas, « l'action du syndicat, qui ne tendait pas au paiement de sommes déterminées à des personnes nommément désignées, mais à l'application du principe d'égalité de traitement, relevait de la défense de l'intérêt collectif de la profession »²⁰²⁷. Toutefois, cette démarche n'empêche pas les salariés victimes de cette inégalité d'entamer une action individuelle afin de bénéficier des indemnités dues en raison de l'inégalité subie. Dans ce cas, il faudra prouver son appartenance au groupe lésé et le fait de ne pas avoir bénéficié de ces indemnités, et établir les éléments permettant de déterminer le montant des indemnités dues²⁰²⁸.

Enfin, l'action peut également concerner le domaine pénal. Par exemple, l'article 2-21-1 du Code de procédure pénale permet à toute association, tout syndicat professionnel ou tout syndicat de salariés de branche d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions de travail illégal figurant au livre II de la huitième partie du Code du travail, l'objectif étant d'associer des instances susceptibles d'avoir connaissance de l'existence de ce type d'infractions²⁰²⁹. Il faut toutefois ne pas confondre l'intérêt de la profession avec l'intérêt général, tous les délits ne donnant pas nécessairement lieu à une action syndicale. C'est

²⁰²⁶ Cass. soc. 12 févr. 2013, n°11-27.689, P+B, TGI Paris, 20 févr. 2018, n°16/07530, V. aussi Odile Levannier Gouël, « L'action en défense de l'intérêt collectif de la profession au service de l'inégalité de traitement », *Sem.Soc. Lamy*, n°1807, 19 mars 2018.

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ Odile Levannier Gouël, « L'action en défense de l'intérêt collectif de la profession au service de l'inégalité de traitement », *op.cit.*

²⁰²⁹ Il faut que le syndicat soit déclaré depuis au moins deux ans à la date des faits et son objet statutaire doit comporter la défense des intérêts collectifs des entreprises et des salariés.

Art. 2-21-1 du Code de procédure pénale, en vigueur depuis le 20 novembre 2016. V. aussi Béatrice Lapérou-Schneider, « À la recherche d'une cohérence de l'exercice par les associations des « droits reconnus à la partie civile » », *Dr. Pén.*, n°7-8, juillet 2016, étude 13.

l'exemple des délits du droit de société : les syndicats ne sont pas recevables à agir contre les délits d'abus de biens sociaux commis par les dirigeants de l'entreprise²⁰³⁰.

2. Les intérêts collectifs et la place des instances représentatives du personnel

428. Les institutions représentatives du personnel ne sont pas investies du pouvoir d'agir devant le juge pour défendre l'intérêt collectif du personnel. La jurisprudence a été soucieuse d'exclure toute action provenant des institutions représentatives du personnels concernant les domaines de l'intérêt de la profession ou de la défense de l'intérêt du salarié, domaines appartenant exclusivement aux organisations syndicales²⁰³¹.

En revanche, nous pouvons envisager certaines hypothèses où elles pourraient intervenir sans empiéter sur le champ d'action des organisations syndicales. Dans un premier temps, elles pourraient solliciter l'aide d'un syndicat qui, dans le cadre de l'action pour l'intérêt collectif, peut faire respecter les prérogatives qu'elles exercent dans l'intérêt des salariés. Cette possibilité a été reconnue par la Cour de cassation, qui affirme que « le défaut de consultation d'une institution représentative du personnel, lorsqu'elle est légalement obligatoire, porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession »²⁰³². Toutefois, pour que cette action soit réussie, il faut que ce défaut de réunion, d'information ou de consultation soit déjà invoqué par l'instance elle-même et ne se limite pas à une action du syndicat²⁰³³.

Nous pouvons nous interroger sur la possibilité d'une action de la part des instances représentatives du personnel visant des intérêts collectifs, tels que l'exécution des dispositions conventionnelles. La Chambre sociale s'est clairement prononcée en considérant cette action irrecevable à partir du moment où le CSE n'est ni partie à l'accord collectif ou à la convention, ni signataire, en rappelant ainsi que le CSE est une instance d'information et consultation et non pas une institution de défense des salariés²⁰³⁴. Pour qu'il puisse agir en justice, le CSE ne peut se fonder sur l'intérêt collectif : il devra toujours rattacher son action à la violation d'une prérogative propre²⁰³⁵, tel que le défaut de sa consultation lorsque celle-ci est obligatoire. Par

²⁰³⁰ Cass. crim. 23 févr. 2005, n°04-83792, *Dr.soc.* 2005, p. 588, note François Duquesne.

²⁰³¹ Cass. soc. 14 mars 2007, n°06-41.647, *Bull. civ.* V, n°51, *D.* 2007. 1081; *Dr. soc.*, 2007. 1153, note M. Véricel; *RDT*, 2007. 401, obs. E. Andreo; *JCP S*, 2007. 1943, obs. Vatinet.

²⁰³² Cass. soc. 24 juin 2008, n°07-11.411; *JCP S* 2008, 1634, note B. Gauriau,

²⁰³³ Cass. soc. 14 déc. 2015, n°14-17.152.

²⁰³⁴ Cass. soc. 18 mars 1997 n°93-43.989 : *RJS* 10/97 n°1106; Cass. soc. 20 septembre 2006 n°04-10.765 : *RJS* 12/06 n°1300; Cass. soc. 2 mars 2011 n°10-13.547 : *RJS* 5/11 n°434; Cass. soc. 19 nov. 2014, n°13-23.899, *PB*, *RJS* 2/2015, n°129.

²⁰³⁵ Franck Petit, « Actualité de l'action syndicale en matière prud'homale », *JCP S*, n°34, 30 août 2016, p. 1291.

conséquent, en ce qui concerne la mise en œuvre d'un accord diversité et notamment les moyens chiffrés mis en place, une action est possible pour les instances représentatives lorsque, par exemple, les obligations relatives à la BDES et l'Index égalité professionnelle ne sont pas satisfaites. Ces manquements constituent des entraves au bon fonctionnement du CSE, les représentants du personnel peuvent par conséquent saisir directement le tribunal correctionnel pour délit d'entrave ou, en cas d'urgence, le juge des référés. Ainsi, l'employeur qui n'a pas mis en place la BDES risque une action au pénal pour délit d'entrave et, conformément à l'article L.2317-1 du Code du travail, le fait d'entraver le fonctionnement régulier du CSE est puni d'une amende de 7500 euros. La communication des résultats et du calcul de l'Index se fait également à travers la BDES. Une mise à jour régulière est alors nécessaire afin d'éviter des recours en ce sens.

Par conséquent, même si les possibilités d'intervention des instances représentatives du personnel semblent limitées, la défense de l'exercice de leurs prérogatives peut indirectement permettre la défense de certains intérêts collectifs des salariés²⁰³⁶.

Paragraphe 2. La faculté d'agir en groupe contre les discriminations

429. La faculté d'agir en groupe (faisant écho à la *class action* anglo-saxonne²⁰³⁷) est relativement nouvelle pour le droit français, qui a consacré pour la première fois cette possibilité avec la loi Hamon du 17 mars 2014²⁰³⁸ concernant spécifiquement la réparation des préjudices matériels subis par les consommateurs. Ce retard s'explique par une culture juridique très différente par rapport à la tradition américaine. L'introduction de l'action de groupe dans le système juridique procédural français a été caractérisée comme « un événement majeur, susceptible de bouleverser les rapports de force, l'organisation de la justice civile ainsi que la perception des risques juridiques par les entreprises »²⁰³⁹. Il s'agit d'une action distincte des

²⁰³⁶ Frédéric Guiomard, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *RDT*, 2014, p. 568.

²⁰³⁷ Le concept nord-américain et britannique de *class action* a servi de « creuset linguistique conceptuel » pour l'action de groupe française.

Didier Lamèthe, « À la recherche d'une action de groupe idéale ou idéalisée ? », In *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*, Colloque du 26 mars 2015, Aristide Levi (coordonnateur), Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 9. V. aussi Mélanie Leclerc, *op.cit.*, p. 52.

²⁰³⁸ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014. Cette loi a été suivie de la loi Touraine du 26 janvier 2016 consacrant l'action collective au domaine de la santé et par la loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016, qui met en place, outre l'action de groupe en matière de discrimination, l'action de groupe en matière environnementale et en matière de protection des données à caractère personnel.

Patrice Adam, « L'action de groupe discrimination. Sur la prudence audace d'une réforme majeure », *Dr. soc.*, 2017, p. 638.

²⁰³⁹ Bruno Deffains, Myriam Doriat-Duban, Éric Langlais, *Économie des actions collectives*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 7

actions groupées ou collectives, avec un régime juridique qui lui est propre. À la différence des actions collectives pour la défense d'un intérêt collectif, l'action de groupe vise à défendre collectivement des intérêts individuels. L'action de groupe sert à défendre en justice un groupe de personnes pouvant prétendre à la même chose, c'est-à-dire lorsqu'un même dommage a été subi par un groupe important de personnes²⁰⁴⁰. Elle peut être considérée comme un outil pour la justice sociale, visant à améliorer l'accès à la justice tout en minimisant les coûts de celle-ci²⁰⁴¹.

La mise en place d'une action de groupe spécifique aux discriminations a plusieurs fois été évoquée : dans le cadre des propositions parlementaires²⁰⁴², par le *think tank* Terra Nova, qui soulignait l'insuffisance des recours existants et l'importance de la mise en place d'une action de groupe pour affronter les discriminations à dimension collective²⁰⁴³, ou encore dans le rapport de Madame Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller à la Cour de cassation, qui proposait l'instauration d'une *class action* en tant que piste d'amélioration pour la résorption des discriminations collectives²⁰⁴⁴. Madame Laurence Pécaut-Rivolier a en effet constaté que manquait un mécanisme permettant « de saisir une juridiction pour faire constater un phénomène de discrimination collective et qu'aucune solution interne n'est mise en œuvre, et ordonner des mesures de cessation de cette situation illicite »²⁰⁴⁵. Pour pallier ce manque, il n'existait que la possibilité d'agir en substitution en faveur de plusieurs salariés, ce qui conférerait à l'action certains traits de l'action de groupe²⁰⁴⁶.

Il a été remédié à ce manque par l'institution de l'action de groupe pour combattre les discriminations par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre

²⁰⁴⁰ Nicolas Cayrol, « Action en justice – Intérêt direct et personnel », In *Répertoire de procédure civile*, juin 2019, §419 et s.

²⁰⁴¹ Stéphane Rousseau, « Quelques observations sur l'action collective au regard de la théorie économique », In *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*, Colloque du 26 mars 2015, Aristide Levi (coordonnateur), Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 22.

²⁰⁴² Esther Benbassa et alii, *Proposition de loi visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités*, Sénat, n°811, 25 juillet 2013, Bruno Le Roux, Razzy Hammadi et alii, *Proposition de loi visant à instaurer une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités*, Assemblée Nationale, n°1699, 14 février 2014.

²⁰⁴³ Louis-Georges Tin, Mehdi Thomas Allal, Sophie Lemaire, *Discriminations : s'unir pour ne plus subir*, Terra Nova, 19 juin 2014.

²⁰⁴⁴ Laurence Pécaut-Rivolier, *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise : Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport public, 17 déc. 2013, p. 91 et s.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 98.

²⁰⁴⁶ Cass. soc. 1er févr. 2000, n°98-46.201, P+B; *Bull. civ.* 2000, V, n°53; *JCP G* 2001, II, 10451, note E. Jeuland. V. aussi Grègoire Loisau, *op.cit.*

2016²⁰⁴⁷. Avec l'introduction dans le droit procédural d'un dispositif de recours collectif en matière de discrimination en 2016, les enjeux se sont multipliés : un nouvel outil pour la lutte contre les discriminations a été créé, un outil à la disposition des partenaires sociaux et plus spécifiquement à la disposition des syndicats représentatifs. Il convient de s'interroger sur les préjudices couverts par cette action afin de déterminer à quel point les dispositifs relatifs à la diversité pourraient en bénéficier (A). Les syndicats représentatifs se trouvent au cœur de cette action, de l'initiative à l'issue du procès, il leur incombe de saisir cet outil pour renforcer leur rôle en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de diversité (B).

A) L'objet de l'action de groupe en matière de discrimination : quelle place pour la diversité ?

430. **Droit de l'UE.** Un recours collectif à l'échelle européenne est déjà discuté au niveau du droit de l'Union européenne. En 2013, la recommandation de la Commission de l'UE relative aux mécanismes de recours collectifs²⁰⁴⁸ a proposé que « les États membres devraient veiller à ce qu'il soit possible, pour l'entité représentative ou pour le groupe de demandeurs, de diffuser des informations sur une violation alléguée de droits conférés par le droit de l'Union et leur intention d'en demander la cessation, ou sur un cas de préjudice de masse et leur intention d'engager une action en dommages et intérêts sous la forme d'un recours collectif. L'entité représentative, l'entité agréée au cas par cas, l'autorité publique ou le groupe de demandeurs devraient jouir des mêmes possibilités d'information en ce qui concerne les actions en réparation pendantes »²⁰⁴⁹. La finalité est d'établir des principes qui devraient s'appliquer en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union dans tous les domaines d'action, tant pour les actions en cessation que pour les actions en réparation. La Commission considère que tous les États membres devraient disposer de mécanismes nationaux de recours collectif reposant sur des principes fondamentaux identiques au sein de l'Union européenne. En 2018, la Commission a rédigé un rapport²⁰⁵⁰ sur la mise en œuvre de cette recommandation et a évalué les évolutions législatives des États membres en la matière. Selon ce rapport, la France fait

²⁰⁴⁷ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

²⁰⁴⁸ Recommandation de la Commission 2013/396/UE du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

²⁰⁴⁹ *Ibid.*

²⁰⁵⁰ Rapport de la Commission au Parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen du 25 janvier 2018, concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), COM/2018/040.

partie des pays qui ont profondément remanié leur législation pour améliorer ou remplacer certains mécanismes déjà disponibles. La législation française se distingue également par l'extension des thématiques traitées dans le cadre des recours collectifs : la consommation, la concurrence, la santé, la discrimination et l'environnement. D'un autre côté, l'approche française demeure sectorielle tandis que d'autres États membres ont adopté une approche législative horizontale, autorisant les procédures collectives en réparation dans tous les domaines²⁰⁵¹.

Un cadre légal est déjà mis en place à l'échelle européenne en ce qui concerne les recours collectifs pour la protection des droits des consommateurs européens. En 2018, le Parlement européen, dans sa proposition de directive, a signalé le manque de protection efficace due à l'absence de mécanismes de recours collectif au niveau de l'Union²⁰⁵², ce qui a conduit à la mise en place des « actions représentatives » par la directive du 25 novembre 2020²⁰⁵³. Ces « actions représentatives » visent à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et peuvent être intentées par des entités qualifiées, pour le compte de consommateurs, en vue de demander une mesure de cessation, une mesure de réparation, ou les deux. Selon la directive, ces actions représentatives peuvent être nationales ou transfrontières, ce qui signifie qu'une entité qualifiée à agir dans un État membre peut intenter cette action devant les juridictions ou autorités administratives d'un autre État-membre²⁰⁵⁴. Afin de parvenir à cette collaboration transnationale, les « entités qualifiées » devront être signalées par avance par chaque État-membre. Les États membres devront transposer ces dispositions au plus tard le 25 décembre 2022 et commencer à les appliquer à partir du 25 juin 2023²⁰⁵⁵. Quant à la réception de la directive, il est attendu qu'elle donne une impulsion aux actions de groupe au sein des États membres²⁰⁵⁶. En revanche, selon certains auteurs, malgré les efforts d'harmonisation, la directive accorde une grande autonomie aux États membres et les disparités risquent de

²⁰⁵¹ Il s'agit de la Belgique, du Danemark, de la Lituanie, des Pays-Bas, du Portugal et du Royaume-Uni. Art. 2.1.1., Rapport de la Commission au Parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen du 25 janvier 2018, concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), COM/2018/040.

²⁰⁵² Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2018 relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, 2018/0089 (COD), p. 11,12 et 41.

²⁰⁵³ Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du conseil du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, art. 3, 6 et 7.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, art. 24.

²⁰⁵⁶ Philippe Matais, Élodie Valette, « La directive actions représentatives : un nouvel élan pour les actions de groupe ? », *D. act.*, 16 déc. 2020.

perdurer²⁰⁵⁷. Dans le cadre de la promotion des actions de groupe au niveau de l'Union européenne, nous pouvons imaginer une extension du cadre juridique actuel afin d'inclure d'autres thématiques, telles que la lutte contre les discriminations.

431. **Droit français.** Le droit français va plus loin que le droit de l'Union européenne en matière d'actions de groupe. Outre le cadre juridique de l'action de groupe pour les consommateurs, qui est très développé, d'autres thématiques s'y sont ajoutées, comme celle pour la lutte contre les discriminations. Avant d'examiner de plus près cette action et sa potentielle utilisation en faveur de la diversité, une autre action spécifique mérite notre attention : l'action de groupe pour la protection des données personnelles.

432. **L'action de groupe pour la protection des données personnelles des salariés.** En matière de diversité, la collecte de données constitue un sujet épineux : un mauvais traitement des données personnelles sera susceptible d'entraîner des conséquences judiciaires, même s'il s'opère à des fins « nobles » telles que la lutte contre la discrimination ou la diversité. Comme nous l'avons démontré au chapitre 6, l'employeur a des obligations très concrètes en matière de collecte et de traitement des données personnelles des salariés. En outre, un cadre légal spécifique restreint le type de données pouvant être recueillies, peu importe si l'objectif final est la mise en œuvre de la diversité en entreprise. Dans cette hypothèse, une action de groupe spécifique est prévue par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁰⁵⁸ et son article 37 : cette action de groupe peut être exercée à partir du moment où plusieurs personnes physiques subissent un dommage causé par un manquement de même nature aux dispositions du RGPD ou de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. L'action de groupe peut avoir pour objet de faire cesser le manquement et/ou d'engager la responsabilité de son auteur et obtenir réparation pour les préjudices matériels et moraux subis²⁰⁵⁹. Conformément à l'article 37 IV, peuvent exercer cette action de groupe les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins ayant dans leur objet statutaire la protection de la vie privée ou la protection des données à caractère personnel ; les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées, lorsque le

²⁰⁵⁷ Stéphane Piédelièvre, « Premières vues sur l'action de groupe européenne », *BRDA* 2/21, 15 janvier 2021.

²⁰⁵⁸ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018 - art. 1.

²⁰⁵⁹ À l'origine cette action ne visait que la cessation du manquement. L'objectif de réparation a été introduit par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 adaptant la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 au nouveau cadre juridique européen.

traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs ; enfin, les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives, lorsque le traitement affecte les intérêts des salariés. Toutefois, la loi précise que lorsque l'objectif de l'action est la réparation des préjudices subis, la procédure applicable est celle de la procédure individuelle de réparation. Par conséquent, lorsque le traitement de données de salariés ne s'opère pas dans les limites du cadre légal actuel, les syndicats peuvent agir collectivement à travers cette action de groupe. Comme nous l'avons déjà signalé, les objectifs de lutte contre les discriminations et de diversité ne peuvent justifier un traitement illégal ou encore discriminatoire des données personnelles des salariés : une telle action serait par conséquent possible. Remarquons toutefois que, pour le moment, les actions introduites sur ce fondement concernent notamment les utilisateurs des réseaux sociaux ou des plateformes tels que Facebook et Google²⁰⁶⁰. Par conséquent, il n'existe pas d'exemple concret d'une telle action pour la défense des intérêts des salariés.

433. **L'action de groupe contre les discriminations.** Il s'agit d'une action spécifique, ouverte aux syndicats représentatifs et aux associations déclarées depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations, visant à établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise, ou plusieurs salariés, font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif figurant parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 et imputable à un même employeur²⁰⁶¹. Il convient de préciser que les associations ne peuvent intervenir que pour les affaires de refus d'embauche et de stage. Cette restriction peut être justifiée par le fait que les associations ne sont pas implantées en France dans le monde des entreprises, puisqu'il existe une séparation entre le monde du travail et le monde associatif et, par conséquent, il existe un risque que les actions soient introduites sans prendre en compte les actions internes déjà initiées par l'entreprise ou la volonté collective des salariés²⁰⁶². Cette explication ne fait toutefois pas consensus, certains signalant le fait que les associations spécialisées dans la lutte contre les discriminations peuvent déjà agir devant

²⁰⁶⁰ Action de l'ONG Internet Society France, déposée le 8 novembre 2018, contre la société Facebook pour non-respect du règlement général de la protection des données (RGPD) et action de l'association UFC-Que choisir, déposée le 26 juin 2019, contre la société Google au motif que le consentement des utilisateurs pour la collecte et le traitement des données personnelles, notamment à des fins de publicités ciblées, n'a pas été obtenu dans le respect du règlement général de la protection des données. Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, 11 juin 2020, n°3085.

²⁰⁶¹ Art. L.1134-7 C.tr.

²⁰⁶² Laurence Pécaut-Rivolier, *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise : Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, op.cit., p. 102.

toutes les juridictions pour réclamer l'application des règles en la matière²⁰⁶³. Par conséquent, leur mise à l'écart partielle quant à l'action de groupe peut dissimuler d'autres raisons telles que la volonté de « réserver » ce type d'action aux organisations qui ont traditionnellement en charge la défense de l'intérêt collectif des travailleurs²⁰⁶⁴. (C. trav., article L. 1134-3).

En revanche, certains auteurs souhaiteraient une ouverture de cette action aux organisations syndicales non représentatives puisque l'action n'engage pas personnellement les salariés à travers la production d'une norme conventionnelle²⁰⁶⁵ ; d'autres proposent la reconnaissance de la primauté des organisations représentatives d'établissement ou d'entreprise, celles-ci étant bien plus proches des salariés par rapport à leurs homologues de niveau de branche ou de niveau national et interprofessionnel²⁰⁶⁶.

L'objectif premier de cette action est de faire cesser la discrimination, la réparation des préjudices subis n'intervenant qu'une fois la discrimination reconnue²⁰⁶⁷ à travers la procédure spécifique de l'article L.1134-9. Cette procédure prévoit que préalablement à toute action, les syndicats ou associations doivent demander à l'employeur de faire cesser la discrimination alléguée. À partir de la réception de cette demande, l'employeur dispose d'un délai d'un mois pour informer le CSE et les organisations syndicales représentatives de l'entreprise. À leur demande démarre alors une discussion sur les mesures à mettre en place afin de faire cesser la situation de discrimination collective. Lorsque la demande est rejetée, les syndicats ou associations à l'initiative de cette demande disposent d'un délai de six mois à partir de la notification de ce rejet pour entamer leur action de groupe devant le juge. Lorsque la demande n'est pas rejetée, ce délai commence à courir à partir de la notification de la demande à l'employeur²⁰⁶⁸. Quant à la juridiction compétente, le tribunal judiciaire connaît des demandes en réparation des préjudices subis²⁰⁶⁹. Il faut néanmoins préciser que bien que l'action visant à faire cesser la discrimination soit collective, la demande de réparation est individuelle. Le salarié qui souhaiterait demander réparation à la suite de la condamnation de son employeur par une action de groupe devra donc agir individuellement devant le Conseil de prud'hommes. La loi offre une deuxième option afin de permettre une sorte de réparation collective : le juge

²⁰⁶³ Art. L.1134-3 C.tr.

²⁰⁶⁴ Patrice Adam, « L'action de groupe discrimination », *op.cit.*, p. 638.

²⁰⁶⁵ *Ibid.*

²⁰⁶⁶ Emmanuelle Clément, « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S*, n°38, 26 sept. 2017, n°1296.

²⁰⁶⁷ Art. L.1134-8 C.tr.

²⁰⁶⁸ Art. L.1134-9, al.3 C.tr.

²⁰⁶⁹ Art. L.1134-10 C.tr.

peut décider la mise en œuvre d'une procédure collective de liquidation des préjudices. À cette fin, il habilite le demandeur à négocier avec le défendeur l'indemnisation des préjudices subis par chacune des personnes constituant le groupe²⁰⁷⁰. Cette procédure nécessite également l'identification de salariés concernés et leur adhésion au groupe concerné par l'action. En revanche une autre limitation apparaît : conformément à l'article L.1134-8, seules sont indemnisables dans le cadre de l'action de groupe les préjudices nés après la réception par l'employeur de la demande de cessation de la discrimination. Sont exclues de cette limitation les actions qui concernent les candidats à un emploi, à un stage ou à une formation puisque la cessation de la discrimination ne leur est pas applicable.

En outre, précisons que l'action de groupe ne s'adresse pas exclusivement aux employeurs de droit privé, la loi du 18 novembre 2016 ayant prévu une procédure similaire concernant les discriminations imputables aux personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public²⁰⁷¹. L'action est ouverte aux organisations syndicales de fonctionnaires représentatives, aux syndicats représentatifs ou aux associations intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap. Celles-ci peuvent saisir le juge administratif « afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou plusieurs agents publics font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif et imputable à un même employeur »²⁰⁷². Préalablement à l'engagement de l'action, ils demandent à l'employeur auquel est imputée la discrimination alléguée de faire cesser cette discrimination²⁰⁷³. Comme pour l'action de groupe en droit privé, l'action peut viser la cessation du manquement et, une fois celui-ci établi, la réparation des préjudices subis²⁰⁷⁴. À partir du moment où la demande est reçue par l'autorité compétente ou à partir de son rejet, les demandeurs disposent d'un délai de six mois pour introduire leur action de groupe devant le juge administratif²⁰⁷⁵.

434. **Évaluation.** Cette procédure particulière comprenant une phase précontentieuse et une phase contentieuse a suscité un certain nombre de réactions doctrinales. Pour d'aucuns, la phase précontentieuse présente un réel intérêt, puisqu'elle permet d'entamer un dialogue sans que le

²⁰⁷⁰ Art.68 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

²⁰⁷¹ Art. L.77-11-1 et s. CJA.

²⁰⁷² Art. L.77-11-2 CJA.

²⁰⁷³ Art. R.77-11-2 CJA.

²⁰⁷⁴ Art. L.77-11-3 CJA.

²⁰⁷⁵ Art. L.77-11-4 CJA.

demandeur ne soit tenu d'apporter la preuve d'une discrimination avérée²⁰⁷⁶. Cette phase peut également pousser l'employeur à prendre les mesures nécessaires pour faire cesser la discrimination le plus rapidement possible, afin d'éviter le risque juridique lié à la phase contentieuse²⁰⁷⁷. De ce point de vue, la phase contentieuse peut se révéler plus complexe puisque des preuves établies sont exigées, à la différence de la phase précontentieuse. Cette opinion ne trouve pas consensus et pour une grande partie de la doctrine, la phase précontentieuse complique l'action de groupe et limite son intérêt. Certains considèrent que la voie médiane entre la recherche d'une solution négociée et l'action contentieuse manque de cohérence et génère des freins procéduraux qui finissent par ralentir considérablement la procédure²⁰⁷⁸. Le bilan de l'Assemblée nationale sur les actions de groupe du 11 juin 2020 va encore plus loin et propose la suppression de l'obligation de mise en demeure préalable pour l'action de groupe en matière de discrimination (et également pour les actions de groupe en matière d'environnement et de protection des données personnelles)²⁰⁷⁹.

Un autre élément de critique touche à l'anonymat des salariés concernés : le groupe est constitué de personnes individuelles, pas nécessairement parties à la procédure ou citées à l'appui de l'action²⁰⁸⁰. L'intérêt de mettre en place une action de groupe reposerait pour certains sur la protection de l'identité des salariés concernés, à la différence par exemple de l'action par substitution. Toutefois, cette protection est éphémère et disparaît au moment où le salarié décide de profiter du jugement constatant le manquement et de demander réparation, qu'il s'agisse d'une demande individuelle ou collective²⁰⁸¹. De ce point de vue, l'action de groupe ne présente pas de réel avantage par rapport aux actions déjà existantes.

En outre, l'action semble limitée dans son rôle, qui semble se restreindre à la cessation du manquement et n'inclut pas intégralement sa réparation. En effet, au niveau de la réparation, l'action de groupe semble très limitée, puisqu'elle ne couvre que les préjudices nés après la

²⁰⁷⁶ François Legras, « Discrimination syndicale : pourquoi ne pas oser l'action de groupe ? », *BJT*, avril 2021, n°115d3, p. 48.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*

²⁰⁷⁸ Frédéric Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT*, 2016, p. 52.

²⁰⁷⁹ Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, 11 juin 2020, n°3085.

²⁰⁸⁰ Emmanuelle Boussard-Verrecchia, « Action de groupe », In *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Delphine Tharaud et Caroline Boyer-Capekke (dir.), Paris, L'Harmattan, 2021, p. 19.

²⁰⁸¹ Ylias Ferkane, « Syndicats professionnels : prérogatives et action », In *Rép. trav.*, juin 2020, §233, Odile Levannier-Goüel, « Fallait-il consacrer l'action de groupe en droit du travail ? », *SSL*, n°1741, 24 octobre 2016.

demande de cessation de la discrimination. Par conséquent, l'action ne vise pas réellement la réparation du préjudice causé par la discrimination, mais la réparation du « préjudice du défaut de réparation à compter de la mise en demeure »²⁰⁸².

Ces limitations ont conduit certains auteurs à douter de la plus-value de l'action de groupe, censée offrir une autre voie par rapport à l'action collective et l'action par substitution déjà existantes²⁰⁸³. Pour d'autres, ces manquements pourraient être rectifiés par la mise en place de passerelles législatives entre les différentes actions, ce qui faciliterait la demande de réparation pour les salariés lésés²⁰⁸⁴.

Afin de pouvoir réellement évaluer l'apport de cette action et sa pertinence en matière de diversité, il convient d'examiner plus avant le contentieux qui est apparu depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

B) Le contentieux de l'action de groupe pour discrimination : résultats infructueux et perspectives pour la diversité

435. Lors de sa mise en place, l'action de groupe en matière de discrimination faisait office de solution face aux types de discriminations pour lesquels les actions individuelles ou collectives déjà en place n'étaient pas suffisantes ou possibles, telles que les discriminations systémiques ou les pratiques discriminatoires d'ampleur : selon Emmanuelle Clément, l'action de groupe « incarne l'espoir d'un remède efficace, palliant les insuffisances, l'inefficacité ou la complexité des voies d'action traditionnelles »²⁰⁸⁵.

Le Défenseur des droits s'est également prononcé sur l'action du groupe et son potentiel en matière de lutte contre les discriminations. Il opère un lien entre cette action et les aspects plus sensibles de la diversité, en considérant que l'action de groupe peut se révéler particulièrement utile pour combattre les discriminations liées à l'origine²⁰⁸⁶. Il met également l'accent sur les faiblesses de l'instrument, notamment la négociation de six mois qui doit précéder toute action, ainsi que les restrictions de son objectif, qui se limite à la cessation de la discrimination, en

²⁰⁸² Ylias Ferkane, *op.cit.*, §242.

²⁰⁸³ Odile Levannier-Goüel, *op.cit.*, Patrice Adam, « L'action de groupe discrimination », *op.cit.*, p. 638.

²⁰⁸⁴ Frédéric Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *op.cit.*, p. 52, Ylias Ferkane, *op.cit.*, §242.

²⁰⁸⁵ Emmanuelle Clément, « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S*, n°38, 26 sept. 2017, n°1296.

²⁰⁸⁶ Défenseur des droits, Rapport, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020.

laissant aux recours individuels toute action relative à la réparation des préjudices²⁰⁸⁷. Un autre potentiel élément de faiblesse est le coût d'une action collective, une mobilisation importante étant requise pour entamer la procédure de l'action de groupe. Comme le Défenseur le constate, les syndicats n'ont pu se servir de cet instrument que dans peu de cas et tous relatifs à la discrimination syndicale, ce qui soulève des interrogations sur l'utilisation de ce recours pour d'autres aspects moins présents dans les intérêts structurels des syndicats, tels que les origines²⁰⁸⁸. Quant au financement, le Défenseur propose de créer un fonds de financement des recours collectifs, à l'image du fonds d'aide au recours collectif qui existe déjà au Québec, éventuellement alimenté par des amendes civiles prononcées par les juridictions ou des frais de justice spécifiques, afin que le coût ne soit pas un facteur dissuasif pour entamer cette action²⁰⁸⁹. Enfin, une autre proposition intéressante pour faciliter les actions de groupe en matière de discrimination est d'ouvrir l'action à d'autres acteurs et permettre à des groupes de se constituer dans l'objectif d'engager cette action²⁰⁹⁰.

Pour le Défenseur des droits, la mise en place de ce cadre juridictionnel ouvre de nouvelles perspectives concernant la consécration juridique des discriminations collectives et systémiques, des notions se trouvant au cœur des démarches de diversité : la dimension collective nous invite à « envisager l'hypothèse de leur cumul et de leur multiplication lorsque l'analyse porte sur la situation d'un groupe déterminé au sein d'un collectif de travail, soumis à une suite de différences de traitement diverses du fait d'un seul ou de la combinaison de plusieurs critères prohibés »²⁰⁹¹. En effet, la définition même du groupe dans ce contexte invite à examiner à la fois l'existence d'un groupe statistiquement identifié (un motif qui lie les membres du groupe) et celle d'une mesure discriminatoire collective. Le besoin d'analyser des discriminations systémiques ainsi que la recherche de la source de la discrimination collective constitue pour le juge une nouveauté qui fait remplir à la procédure juridictionnelle d'autres fonctions, jusqu'à présent inédites²⁰⁹². Toutefois, certains auteurs dénoncent cette extension du

²⁰⁸⁷ Avis 20-01 du Défenseur des droits du 5 février 2020 relatif au bilan et aux perspectives des actions de groupe, Défenseur des droits, Rapport, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 56.

²⁰⁸⁸ Défenseur des droits, Rapport, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 57.

²⁰⁸⁹ Avis 20-01 du Défenseur des droits du 5 février 2020 relatif au bilan et aux perspectives des actions de groupe, p. 7-8.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*

²⁰⁹¹ Avis 20-01 du Défenseur des droits du 5 février 2020 relatif au bilan et aux perspectives des actions de groupe, p. 2-3. V. aussi Sophie Latraverse, « La lutte contre la discrimination au travail par le Défenseur des droits », *Dr.soc.*, 2020, p. 288.

²⁰⁹² Sophie Latraverse, « Réflexions sur l'action de groupe en matière de discrimination en emploi et le rôle du défenseur des droits », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, DL 2020, pp. 50-51.

champ matériel de l'action et interprètent restrictivement l'article L.1134-7 du Code du travail, qui s'adresse aux personnes victimes d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur un même motif, ce qui, pour eux, exclut les discriminations systémiques ou multiples²⁰⁹³. Le bilan sur les actions de groupe effectué par l'Assemblée Nationale en 2020 semble également souhaiter une approche plus étendue en ce qui concerne les domaines que touche l'action de groupe : au lieu d'une approche sectorielle, les rapporteurs proposent un régime de droit commun des actions de groupe, couvrant tous les domaines²⁰⁹⁴. Une telle ouverture permettrait sans doute une prise en compte plus large des discriminations, mais aussi de l'ensemble du droit du travail.

436. Pour examiner le potentiel de cette action, il convient de retracer les premiers contentieux apparus. La première affaire de groupe en matière de discrimination était la très médiatisée affaire *Safran*. Lancée par la CGT le 23 mai 2017, l'entreprise a été assignée en justice le 30 mars 2018. L'affaire rassemblait 36 salariés et anciens salariés, élus ou mandatés au titre de la CGT, invoquant tous avoir subi des discriminations syndicales. La décision du Tribunal judiciaire²⁰⁹⁵ a toutefois été décevante pour tous ceux qui considéraient cette action comme la première action de groupe issue de la loi de 2016. L'action a été rejetée sur le fondement de deux arguments : en premier lieu, le fait générateur du manquement était pour la majorité des cas antérieur à la loi du 20 novembre 2016 instaurant l'action de groupe en matière de discrimination, et, de ce fait, exclu du champ d'application temporel de l'action de groupe en raison du principe de la non-rétroactivité de la loi²⁰⁹⁶. En second lieu, les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi ne couvraient qu'une période très courte et selon les juges, étaient « très largement insuffisants pour objectiver dans le temps une quelconque tendance révélatrice de disparités pouvant le cas échéant être constitutives de discriminations ». Cette décision procède également à une définition de la discrimination systémique, concept qui, tout comme le concept de diversité, demeure flou : « la discrimination collective et systémique consistant précisément en des agissements ou des abstentions qui par définition se répètent et produisent

²⁰⁹³ Marie José Azar-Baud, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr.soc.*, 2020, p. 353.

²⁰⁹⁴ Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, 11 juin 2020, n°3085.

²⁰⁹⁵ TJ Paris, 15 déc. 2020, n°18/04058.

²⁰⁹⁶ L'art.90, II de la loi n°2016-1547 prévoit que la loi n'est applicable « qu'aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou du manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi ».

leurs effets dans le temps ». Cette décision a suscité nombre de réactions doctrinales²⁰⁹⁷ qui, dans la majorité des cas, exprimaient leur déception quant au sort de cette action, largement perçue par les médias et les juristes comme la première action de groupe en matière de discrimination.

Cette affaire a également mis en lumière l'interprétation du régime juridique de l'action de groupe, qui semble différer du régime probatoire aménagé et du régime de prescription existant pour les autres actions en matière de discrimination. L'article L.1134-5 prévoit que « l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. », cette révélation étant le point déclencheur du délai. La jurisprudence de la Chambre sociale a déjà établi que cette révélation ne se réfère pas au moment où le salarié a subi une discrimination, mais au moment où il s'est rendu conscient du préjudice lié à des faits discriminatoires²⁰⁹⁸. Ce raisonnement est d'autant plus pertinent pour les actions en reconstitution de carrière, où la situation s'est installée progressivement et il est difficile de distinguer le manquement du dommage, ce qui complique la démarche visant à trouver la date exacte du manquement²⁰⁹⁹. Cette position semble renforcée par l'arrêt de la Chambre sociale du 31 mars 2021²¹⁰⁰, où le juge reconnaît que n'est pas prescrite une action portant sur une discrimination continuant à produire ses effets, même si le fait déclencheur se situe bien en dehors du délai légal de prescription. Par cette décision, l'absence de correction du manquement constitue un fait discriminatoire ayant pour résultat de prolonger le délai de prescription jusqu'à ce que la différence de traitement cesse d'exister²¹⁰¹. Il est évident que cette position n'a pas été employée pour la qualification du fait déclencheur en matière d'action de groupe. Pour Madame Peyronnet, ceci peut conduire à « repousser de plusieurs années la pleine effectivité de l'action de groupe, du moins en ce qui concerne la discrimination portant sur la carrière ou sur la rémunération qui s'apprécie sur un temps long »²¹⁰² et, par conséquent, trouverait son origine bien avant la loi de 2016.

²⁰⁹⁷ Marie Peyronnet, « L'action de groupe « discrimination » a déjà atteint ses limites », *D. act.*, 11 janv. 2021, Christophe Radé, « Pschitt au pays des discriminations », *Dr. soc.*, 2021, p. 97, Xavier Delpech, « Faux départ pour l'action de groupe « discrimination » », *Juris associations*, 2021, n°633, p. 10.

²⁰⁹⁸ Cass. soc. 22 mars 2007, n°05-45163, NP.

²⁰⁹⁹ Alexis Bugada, « Les audaces embarrassantes de la première action de groupe en discrimination », *SSL*, 15 février 2021, n°1941.

²¹⁰⁰ Cass. soc. 31 mars 2021, n°19-22557, P.

²¹⁰¹ Marie Peyronnet, « Absence de prescription des discriminations continuant à produire leurs effets », *D. act.*, 28 avril 2021.

²¹⁰² Marie Peyronnet, « L'action de groupe « discrimination » a déjà atteint ses limites », *op.cit.*

Conformément au bilan de l'Assemblée Nationale sur les actions de groupe²¹⁰³, l'affaire Safran est désormais classée comme une action au fond de droit commun en contestation de clauses d'accords collectifs. Toutefois, un appel a été interjeté et il faudra attendre la réaction des juges de la Cour d'appel et leur évaluation des circonstances. Selon le Professeur Bugada, les recours contre ce jugement pourront affecter profondément l'avenir de l'action de groupe pour discrimination : « Si l'appel et la cassation s'avéraient improductifs, la déception nourrira les argumentaires selon lesquels l'action de groupe est viciée dans sa structure et impropre à appréhender les discriminations sérielles (ici syndicales). Elle devra donc être réformée par le haut (appel au législateur) ou forcée dans son application (appel au constructivisme judiciaire). »²¹⁰⁴

437. Deux autres actions ont été entamées depuis lors. La première concerne la Caisse d'épargne d'Île-de-France, et la discrimination fondée sur le sexe. Elle a été lancée par la CGT, qui a observé un écart moyen de rémunération entre les hommes et les femmes en augmentation, ainsi qu'un nombre de promotions majoritairement masculines, malgré le fait que les hommes ne représentent que 38% de l'effectif²¹⁰⁵. La CGT soutient que la Caisse d'épargne a refusé le dialogue pendant la phase précontentieuse et, par conséquent, elle l'a assignée en justice le 7 octobre 2020²¹⁰⁶. En fonction de l'issue de la phase contentieuse, cette affaire pourrait constituer la première action de groupe à aboutir.

Enfin, une troisième action a été lancée par le syndicat Sud-Rail contre la SNCF concernant les discriminations collectives en raison du handicap. Cette action présente un intérêt supplémentaire, puisqu'elle est la première action de groupe fondée sur un cas de discrimination indirecte. L'argumentation se fonde entre autres sur la baisse graduelle du budget et des mesures prévues par les différents accords en matière de handicap. La SNCF est d'ailleurs accusée de signer des accords collectifs dans le but de s'acquitter de son obligation légale en matière d'embauche et d'aménagements raisonnables concernant les travailleurs handicapés²¹⁰⁷. De son

²¹⁰³ Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, 11 juin 2020, n°3085.

²¹⁰⁴ Alexis Bugada, « Les audaces embarrassantes de la première action de groupe en discrimination », *op.cit.*

²¹⁰⁵ V. Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, *op.cit.*

Sabine Izard, « La Caisse d'épargne accusée de discrimination envers les femmes », *SSL*, 11 juin 2019, n°1865,

²¹⁰⁶ « Caisse d'épargne une première action de groupe pour discrimination arrive devant la justice », *Liaisons sociales quotidien*, n°18160, 13 octobre 2020.

²¹⁰⁷ Alexis Bugada, « L'action de groupe contre les discriminations au travail : une menace judiciaire au service du dialogue social ? », *Chroniques du travail*, L'égalité dans l'entreprise, Institut régional du travail (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 8/2018, p. 193.

côté, la SNCF a contesté les accusations et a proposé un nouvel accord collectif en matière de handicap, accord jugé insuffisant par la CGT²¹⁰⁸. Les négociations restant sans résultat, la phase contentieuse a été lancée en novembre 2017²¹⁰⁹. Un scénario similaire en matière d'accords collectifs diversité ne nous semblerait guère surprenant, les démarches diversité prenant parfois la forme d'une échappatoire face aux contraintes légales du droit antidiscriminatoire. Une diminution quant aux engagements et aux objectifs chiffrés posés par un accord, ou encore un manque de résultats, pourraient constituer des arguments permettant le lancement d'une action de groupe pour discrimination.

438. **Conclusion.** Le rapport entre le concept de diversité et l'action de groupe est fort, notamment en ce qui concerne leur finalité. Comme le défenseur des Droits le souligne, l'action de groupe en matière de discrimination marque le passage d'une approche individuelle limitée à une approche collective de règles systémiques et de pratiques généralisées en faveur de la cessation des discriminations et de la mise en œuvre de correctifs durables qui dépassent le symbolique²¹¹⁰. Comme nous l'avons démontré dans le chapitre 4, l'on retrouve cette même approche collective dans les démarches diversité qui œuvrent pour une appréhension collective et systémique des discriminations, en montrant un potentiel important pour la prise en compte de facteurs intersectionnels. Par conséquent, l'action de groupe peut devenir un allié, non seulement pour la lutte contre les discriminations, mais également pour la promotion de la diversité. En premier lieu, l'action de groupe, et notamment le contentieux et l'analyse doctrinale qui en découlent, peut devenir une source d'inspiration pour les négociateurs en ce qui concerne l'appréhension des discriminations collectives et systémiques, une appréhension qui est présente, quoique rare, au sein des accords collectifs diversité. En second lieu, l'instauration de cette action génère une contrainte supplémentaire pour l'employeur, qui devra être plus soucieux pour éviter la création ou éliminer les discriminations collectives et systémiques. Les accords diversité peuvent devenir, dans ce cas, un outil de prévention et de

V. aussi Le Monde avec l'Agence France-Presse, « SNCF : une action de groupe pour discrimination des salariés handicapés », 7 novembre 2017, https://www.lemonde.fr/entreprises/article/2017/11/07/une-action-de-groupe-lancee-contre-la-sncf-pour-discrimination-de-ses-salaries-handicapes_5211609_1656994.html.

²¹⁰⁸ Alexis Bugada, « L'action de groupe contre les discriminations au travail : une menace judiciaire au service du dialogue social ? », *op.cit.*, p. 193.

V. aussi Le Monde avec l'Agence France-Presse, « SNCF : une action de groupe pour discrimination des salariés handicapés », 7 novembre 2017, https://www.lemonde.fr/entreprises/article/2017/11/07/une-action-de-groupe-lancee-contre-la-sncf-pour-discrimination-de-ses-salaries-handicapes_5211609_1656994.html.

²¹⁰⁹ Sud-Rail, Communiqué de presse, « Action de groupe contre la discrimination des travailleurs handicapés dans les SNCF », <https://sudrail.fr/Action-de-groupe-contre-la-discrimination-des-Travailleurs-Handicapes-dans-les-SNCF>.

²¹¹⁰ Sophie Latraverse, « La lutte contre la discrimination au travail par le Défenseur des droits », *op.cit.*, p. 288.

sécurisation juridique important lorsque des actions et des objectifs concrets sont négociés et mis en place.

Conclusion générale

439. À travers notre recherche, nous avons souhaité mettre en lumière la notion complexe de la diversité au travail sous le prisme des acteurs principalement responsables de sa mise en place, les partenaires sociaux. L'absence de définition légale et de cadre juridique a pour conséquence la production d'instruments à valeur juridique différée. Ainsi, les accords collectifs d'entreprise qui ont suivi l'ANI sur la diversité de 2006 sont souvent considérés comme limités dans leur intérêt et leur originalité. Quant aux Chartes et Labels, ils sont souvent plutôt perçus comme des moyens d'amélioration de l'image de l'entreprise que de véritables vecteurs de changement. Toutefois, nous avons pu constater que ces obstacles n'excluent pas tout potentiel de la notion de diversité au travail en matière de lutte contre les discriminations.

440. La question des acteurs est déterminante dans l'examen de la notion de diversité. L'abstention du législateur renvoie la question aux partenaires sociaux la question de la diversité. Des initiatives purement patronales ou des négociations avec les organisations syndicales tentent de définir la diversité et de prendre des mesures pour sa mise en place, avec des résultats mitigés. En effet, les résultats sont parfois décevants : les accords collectifs se limitent à une répétition de la législation en matière de non-discrimination sans traiter des aspects sensibles de la diversité, comme la race ou la religion. S'y ajoutent des objectifs liés à la RSE ou encore aux politiques managériales et à l'objectif de performance, en créant un amalgame de contraintes légales et d'incitations sans véritable contrepartie.

Nous constatons par conséquent que l'effectivité d'un instrument relatif à la diversité dépend très largement de l'intention des partenaires sociaux. Telle est la faiblesse mais également la potentielle force de l'emploi du concept de diversité. La liberté et la fluidité propres à la diversité peuvent permettre la prise en compte de concepts importants pour la lutte contre les discriminations. Pensons notamment aux discriminations systémiques et à l'intersectionnalité, pas encore abordées par le législateur français, ou encore à l'inclusion des problématiques actuelles comme l'intelligence artificielle et les discriminations issues de la pandémie due au virus COVID 19. L'examen de la notion de diversité conduit à étudier plusieurs facteurs de discrimination, ce qui facilite la prise en compte de problématiques plus larges et complexes que les discriminations directes et indirectes. Les problématiques systémiques qui dépassent le simple cadre de l'entreprise pourraient ainsi être traitées dans le cadre général d'un accord

national ou de branche, avant d'être intégrées, selon les besoins, au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Pour aborder davantage ces thématiques, il est nécessaire que toute démarche diversité soit précédée par des actions de formation des acteurs qui y participent. Des accords collectifs abordent ainsi certains critères discriminatoires sous un prisme intersectionnel. La vraie plus-value de la mise en place d'un accord, d'une charte ou d'un label en matière de diversité est effectivement la possibilité d'incorporer ces notions et faire ainsi avancer le débat existant en matière de lutte contre les discriminations.

441. Quant au non-respect des engagements en matière de diversité, nous pouvons faire appel aux dispositions juridiques déjà existantes pour les engagements unilatéraux de l'employeur, pour la correction de manquements conventionnels ou encore les différentes actions contre la discrimination. La diversité, en tant que notion, est potentiellement l'expression d'un intérêt collectif ou d'un intérêt individuel, ce qui peut permettre aux partenaires sociaux d'entreprendre différentes actions lorsque les engagements unilatéraux ou conventionnels ne sont pas respectés.

442. La question d'une intervention étatique en matière de diversité demeure ouverte. La raison principale de l'ineffectivité de certains instruments de diversité est le fait que la notion soit liée à des thématiques très controversées juridiquement et socialement comme les statistiques ethniques, les discriminations raciales et religieuses ou encore la mise en place de mesures de discrimination positive. Cela conduit les partenaires sociaux à ne pas oser aller au-delà des prescriptions légales.

Un premier point à résoudre est sans doute celui de l'évaluation de la diversité au travail et de ses mesures. Afin de pouvoir mettre en place des mesures en matière de diversité, il faut avoir une image concrète de l'état de la diversité au sein de la structure concernée, ce qui nécessite des éléments chiffrés. De la même façon, pour œuvrer effectivement en faveur de la diversité, il convient de mettre en place des actions pour l'égalité des chances, tout en étant soucieux de ne pas stigmatiser les personnes visées, ou de ne pas entraver l'égalité républicaine. Enfin, au niveau même de la définition, le législateur pourrait intervenir pour indiquer les directions ou aspects à prendre en compte par les partenaires sociaux, afin d'éviter une simple répétition des dispositions légales antidiscriminatoires.

D'un autre côté, sous un prisme RSE, une intervention extensive du législateur en matière de diversité serait contreproductive. L'intérêt de la diversité en matière de RSE est effectivement la liberté et la volonté de certains acteurs d'aller au-delà des prescriptions légales. Il convient alors de trouver un équilibre entre l'absence totale de réglementation et la surréglementation. Bien qu'un certain encadrement soit nécessaire pour assurer un contenu plus riche et une meilleure effectivité des instruments en matière de diversité, il est également important que les partenaires sociaux conservent la liberté qui permettra d'atteindre le véritable potentiel du concept de diversité au travail.

Index

A

–
Accord/convention collective

- Accord transnational (v. entreprise transnationale)
- ANI sur la diversité 4, 88, 159, 265, 439
- Branche professionnelle 118,123, 134, 135, 151, 152, 159, 160, 162, 163, 231, 245, 288, 289, 293
- Différence de traitement d'origine conventionnelle 145
- Négociation obligatoire 153, 161, 346, 361, 388

Action

- Action de groupe pour discrimination 429, 431, 432, 435-438
- Action de substitution 418, 423, 424
- Action en défense de l'intérêt collectif de la profession 418, 425-428
- Collective 392, 418, 435
- Individuelle 359, 360, 364, 421, 426

Action positive 74, 77, 193, 216, 217, 219-227, 231-233

- Discrimination positive 69-71, 91, 216-218, 223, 233, 239, 442
- *Affirmative action* 2, 69-72, 77, 87, 216

Âge 82, 84, 161, 183, 184, 214, 224, 227, 232

Algorithme 168-172, 242, 301, 327

Alerte

- Alerte éthique 415, 416
- Droit d'alerte 394, 407, 408
- Lanceur d'alerte 404-406, 410-414

Aménagement raisonnable (v. handicap)

Apparence physique 119, 200, 207

B

–
BDES (v. indicateurs)

Business case 2, 50 et s., 63, 338

C

–
Charte de la Diversité 4, 35, 88, 104, 105, 106-108, 116, 119, 139, 161, 188, 286, 379-381, 384

CNIL 168, 169, 172, 312, 313, 326, 327, 356, 370, 415

Conciliation vie professionnelle et vie familiale/privée 162, 175, 247, 310, 359

Conseil d'administration 94, 100, 386, 387

Coût des discriminations 55, 56, 58, 339, 340

Crise sanitaire/ COVID-19 5, 44, 168, 171, 173-175

CV anonyme (v. recrutement)

D

Discrimination

- Directe 8, 197, 210
- Indirecte 8, 72, 226, 297, 311, 314, 437
- Multiple 74, 204, 205, 207-209, 211, 212, 214, 248
- Positive (v. action positive)
- Syndicale (v. organisations syndicales)
- Systémique 10, 147, 174, 176, 207, 212-214, 314, 349, 435, 436, 438, 440

Défenseur des droits 10, 11, 68, 91, 140, 170, 172, 191, 194, 200, 203, 213, 325, 352, 366-369, 397, 401, 405, 435, 438

Délégué syndical 132, 134, 136, 202, 283

Données

- Génétiques et biométriques 187, 326
- Sensibles 187, 319, 326, 327, 370

E

Égalité

- De chances 5, 6, 101, 112, 442
- Républicaine 7, 85-88, 105, 226, 237, 321, 353
- De traitement 5, 6, 35, 63, 76, 77, 145, 159, 204, 209, 213, 222, 223, 233, 238, 337, 427

- Réelle 6, 7, 147, 250, 267
- Substantielle 6, 89
- Salariale 141, 161, 202, 245, 246, 267

Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes 91, 108, 153, 161, 174, 182, 203, 214, 222, 245, 247, 267, 336, 361, 365, 390, 391

- À travail égal, salaire égal 6, 267
- Négociation obligatoire 153, 162, 163, 167, 346, 361, 388
- Index 169, 342-347, 428

Entreprise transnationale 17, 43, 130, 150, 293, 338, 351, 358, 416

F

Formation

- Accès égal à la formation 92, 151, 202, 227, 234, 244
- Sensibilisation 9, 50, 55, 93, 106, 108, 110, 116, 140, 151, 198, 244, 259, 285, 286, 297, 369, 380

G

Genre 181, 182, 206, 209, 223, 246, 349

GPEC 161, 162, 172

H

Handicap 163, 185, 186, 225, 228, 308, 340, 437

- Aménagements raisonnables 6, 56, 74, 225, 228, 437

Harcèlement

- Discriminatoire 369, 414
- Moral 363, 366, 380, 400, 407, 412, 413
- Sexuel 399, 245, 407, 412-414

I

Indicateur

- BDES 334, 335, 345, 427
- Index (voir égalité professionnelle)

Intersectionnalité 182, 184, 204-214, 248, 322, 323, 439

Internormativité 21, 250, 268, 274, 297, 298

Instances représentatives du personnel 14, 15, 17, 111, 116, 130, 149, 202, 285, 288, 415, 425, 428

- CSE 122, 134, 135, 149, 159, 245, 343, 387, 388, 407, 408, 428
- CEE 17, 127, 130, 156, 158, 222, 358

L

Label

- Diversité 11, 12, 88, 105, 109, 111, 118, 140, 167, 194, 269, 271, 289, 290, 295, 296, 334, 348, 352, 370, 378, 380, 385, 387-389
- GEEIS-Diversity 12, 112
- Égalité Hommes-Femmes 110, 111, 289

Lieu de résidence 88, 92, 179, 199, 214, 325, 340, 349

M

Management

- Gestion de la diversité 35, 36, 52, 63, 89, 271, 351
- Management juridique 32

Mixité 94, 112, 117, 139, 149, 199, 245, 265, 386

N

Négociation obligatoire (v. accord/ convention collective)

Neutralité religieuse (v. religion)

Nom de famille/ Patronyme 87, 92, 179, 314, 325, 349, 352, 369

Normalisation 103, 269-274, 279

O

Orientation sexuelle 8, 92, 100, 201, 206, 210, 326

Origine sociale 100, 166, 199

Origines ethniques/raciales 86, 89, 91, 160, 192, 313, 314, 316, 350, 378, 435

- Race (concept) 189-192, 316, 318-320, 349

Organisations syndicales

- Représentativité 129-132, 143
- Organisations européennes et internationales (v. entreprise transnationale)
- Discrimination syndicale 91, 149, 314, 359, 369, 435

P

Parentalité 157, 174, 179, 244, 247, 324, 340, 350

Parité 91, 149, 226, 259, 343

Parties prenantes 14, 17, 95, 99, 103, 115, 171, 273, 341, 396

Performance

- Économique 13, 47, 51, 52, 58, 94, 115, 05
- Extra-financière 94, 114, 170, 333, 337, 341

Préjugés 9, 10, 105, 140, 169, 189, 190, 217, 237, 242, 243, 285, 349, 353, 367

Q

Qualité de vie au travail. (QVT) 140, 141, 153, 159, 161-163, 166, 175, 245, 411, 413

Quota 6, 70, 105, 223, 225, 228, 321

R

Référendum 134-137, 143, 150

Règlement intérieur 116, 159, 196, 372, 376, 383-387, 391

Religion 73-75, 182, 192, 195-197, 209, 321, 440

- Neutralité religieuse 75, 196-198, 383

Recrutement

- CV anonyme 93, 198, 237, 238, 243, 325
- Méthode de recrutement par simulation 239, 241

Rémunération 6, 45, 63, 84, 91, 92, 107, 153, 162, 200, 202, 211, 244-246, 306, 337, 344, 359, 386, 413

- Écart salarial 162, 207, 243, 246, 304, 311, 336, 340, 344, 345, 413, 437

RSE

- *Soft law* (catégories) 96, 278
- codes de conduite/codes éthique 20, 43, 96, 107, 116, 255, 276, 277, 279, 376, 382, 384, 415

S

-

Ségrégation 2, 69, 73, 86, 317

Statistiques

- Ethniques 315-323, 351, 352
- Données sensibles (v. données)

Stéréotypes 9, 10, 11, 176, 184, 189, 198,
214, 237, 242, 243**U**

-

Universalisme 7, 87, 122

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux

- ANTONMATTEI Paul-Henri, *Les conventions et accords collectifs de travail*, Paris, Dalloz, 1996.
- BIEBER Roland, MAIANI Francesco, *Précis de droit européen*, Berne, Stämpfli Editions SA, 2011.
- CABRELLI David, *Employment Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- CABRILLAC Rémy(dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2017*, Paris, LexisNexis, 2016.
- CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, Paris, LGDJ, 2014.
- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige, Puf, 2020.
- DE BOULOIS Dupré, BIOY Xavier, BURGORGUE-LARSEN Laurence, DEUMIER Pascale et al., *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2019.
- DESPAX Michel, *Droit du travail. Tome 7, négociations, conventions et accords collectifs*, Paris, Dalloz, 1989.
- DOLLAT Patrick, *Droit européen et droit de l'Union Européenne*, Paris, Sirey, 2^e éd., 2007.
- HEERY Edmund, NOON Mike (eds.), *A dictionary of Human Resource Management*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2017.
- KANT Emmanuel, *Fondements de la Métaphysique des mœurs*, (traduction de Victor Delbos), Paris, Delagrave, 1971.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- LITTRÉ Émile, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Gallimard-Haccette, 1964.
- MARTIN Elisabeth A., LAW Jonathan (Dirs.), *A Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- PESKINE Elsa, WOLMARK Cyril, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2017.
- RAY Jean-Emmanuel, *Droit du travail, Droit vivant*, Paris, Wolters Kluwer, 2020.
- ROSS Alf, *On law and justice*, The Law book exchange Ltd., New Jersey, Clark, 2004.
- SALMON Jean (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

TEYSSIE Bernard, *Droit européen du travail*, Paris, LexisNexis, 2013.

TEYSSIE Bernard, *Droit du travail Relations collectives*, Paris, LexisNexis, 2018.

THUDEROZ Christian, *L'âge de la négociation collective*, Paris, Puf, 2019.

UNION ACADÉMIQUE INTERNATIONALE, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960.

II – Ouvrages spéciaux, Thèses, Essais

ABU-LABAN Yasmeeen, GABRIEL Christina, *Selling diversity. Immigration, multiculturalism, employment equity and globalisation*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2002.

AMOSSY Ruth, HERSCHBERG PIERROT Anne, *Stéréotypes et clichés*, Paris, Éditions Nathan, 1997.

ANQUETIL Alain (dir.), *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Paris, Vrin, 2011.

ARMILLEI Valentino, *La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise*, Paris, Lexis Nexis, 2018.

AUBERGER Marie-Noëlle, BOUCHET Jean-Paul, *Oser l'alerte : Sortir du silence au travail ?*, Ivry-sur-Seine, les Éditions de l'Atelier, 2018.

AUVERGNON Philippe (dir.), *La contractualisation du droit social : Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Bordeaux, COMPTRASEC, 2006.

BARTH Isabelle, FALCOZ Christophe, *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010.

BENIOUDAKI Anna, *Le droit de la discrimination fondée sur le handicap et l'état de santé et sa contribution à la lutte contre la discrimination multiple*, thèse, Université Toulouse 1, Université Aristote (Thessalonique Grèce), 2017.

BOISARD-CASTELLUCIA Sylvie, *La diversité démographique des équipes dirigeantes, source d'apprentissage individuel et de performance*, thèse, Université du Sud Toulon-Var, 2004.

BOUGRAB Jeannette, *Les discriminations positives : coup de pouce à l'égalité ?*, Paris, Dalloz, 2007.

BRADLEY Harriet, *Gender*, Cambridge, Polity Press, 2012.

BRILLAT Manuema, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, thèse, Université de Strasbourg, 2014.

CAFARELLI François, *Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoires en droit public français*, thèse, ANRT, Université de Lille 3, 2009.

CAL Teresa, *Diversité culturelle et égalité : pour une approche dialogique*, thèse, Université Paris 10, 2019.

CALVÈS Gwénaële, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis : le problème de la discrimination "positive"*, Paris, LGDJ, 1998.

CALVÈS Gwénaële, *La discrimination positive*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J, 1998.

CARCILLO Stéphane, VALFORT Maria-Anne, *Les discriminations au travail. Femmes, ethnicité, religion, âge, apparence, LGBT*, Paris, Presses de SciencesPo, 2018.

CARDOT Fabienne, *L'éthique d'entreprise*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006.

CAUSSÉ Nadège, *La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français : contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

CHALTIEL Florence, *Les lanceurs d'alerte*, Paris, Dalloz, 2018.

COMMISSION ALTERNATIVE DE REFLEXION SUR LES STATISTIQUES ETHNIQUES ET LES DISCRIMINATIONS, *Le Retour de La Race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2009.

CORNET Annie (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, Nantes, AFMD-Audencia -HEC Liège-Orse, 2014.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Paris, La documentation française, 2016.

DAVID Franck, *La notion de discrimination positive en droit public français*, thèse, ANRT, Université de Poitiers, 2001.

DE TONNAC Aurélia, *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Paris 1, 2019.

DEFFAINS Bruno, DORAT-DUBAN Myriam, LANGLAIS Éric, *Économie des actions collectives*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

DEHARO Gaëlle, STRUBER Xavier (dirs), *Penser les relations du droit et des sciences de gestion. Quelle formation juridique pour les managers du XXIe siècle?*, Paris, Dalloz, 2014.

DEJOUX Cécile, LÉON Emmanuelle, *Métamorphoses des managers à l'ère du numérique et de l'intelligence artificielle*, Montreuil, Pearson, 2018.

DERRIDJ Laura, *Organiser le dialogue social dans sa collectivité*, Paris, Dalloz, 2020.

DESROSIÈRES Alain, *Gouverner par les nombres, L'argument statistique II*, Paris, Presses de l'École des mines, 2008.

DESROSIÈRES Alain, *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, Paris, La découverte, 2014.

DOBBIN Frank, *Inventing equal opportunity*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

DOYTCHEVA Milena, *Politiques de la diversité : Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015.

DRUMMOND Virginia Drummond, *Le management interculturel : gérer efficacement la diversité culturelle dans l'entreprise*, Le Mans, Gereso, 2014.

DUMOULIN Geoffrey, *L'âge en droit du travail : d'un critère rationnel à un indice pertinent*, thèse, Université Toulouse 1, 2019.

FERKANE Ylias, *L'accord collectif de travail. Étude sur la diffusion d'un modèle*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 166, Dalloz, 2017.

FRANÇOIS Clément, *L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique*, Thèse, Paris, LGDJ, Lextenso, 2020.

FRANK Cécile, HAMMAN Philippe Hamman, *Quelle mise en œuvre de la directive européenne contre les discriminations raciales ? : Une Comparaison France, Espagne, Royaume-Uni*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2014.

FRAPARD Mathilde, *La protection négociée des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : contribution à l'étude des accords d'entreprise transnationaux*, thèse, Université de Strasbourg, 2016.

FRIEDMAN Milton, *Capitalisme et Liberté*, Paris, Éditions LEDUC.S, 2010.

GARNER-MOYER Hélène, *L'impact de l'apparence physique en gestion des ressources humaines : analyse de l'impact de la beauté sur les itinéraires professionnels*, thèse, Université Paris 1, 2007.

GIBAUD Stéphanie, *La traque des lanceurs d'alerte*, Paris, Max Milo, 2017.

GUILLAUMIN Colette, *L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Paris, Gallimard, 2002.

HAMMERMESH Daniel, *Beauty Pays*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

HECQUET Mathieu, *Essai sur le dialogue social européen*, Paris, LGDJ, 2007.

HEPPLE Bob, *Equality: The Legal Framework Second Edition*, London, Hart Publishing, 2011

IACONO Geneviève, DONZEL Daniel, *La gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales*, Paris, Gualino, Lextenso, 2013.

ICARD Philippe, LEPRINCE Juliette Olivier, *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

JABBOUR Rhéa, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain : approche comparatiste*, thèse, Université Paris 1, 2013.

JEAMMAUD Antoine, « Le concept d'effectivité du droit » In *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ? Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Philippe Auvergnon (dir.), Bordeaux, COMPTRESEC, 2006.

JOBERT Anette (dir.), *Les nouveaux cadres du dialogue social, Europe et territoires*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2008.

JOLY Laurène, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, thèse, Université Paris 10, 2013.

KHAITAN Tarunabh, *A theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

KIRTON Gill, GREENE Anne-Marie, *The dynamics of managing diversity. A critical approach*, Londres, Routledge, 2016.

KLARSFELD Alain, BOOYSEN Lize A.E., NG Eddy, ET ALII, *International handbook on diversity management at work: country perspectives on diversity and equal treatment*, Cheltenham, UK et Northampton, USA, E.Elgar, 2014.

LALBERT Dominique, *La robotique et l'intelligence artificielle*, Paris, Éditions jésuites, 2019.

LASSERRE Valérie, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015.

LATTES Jean-Michel, *Le principe de non-discrimination en droit du travail*, thèse, Université Toulouse 1, 1989.

LAUFER Jacqueline, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, Paris, La Découverte, 2014.

LAVERGNE Benjamin, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

LEBRATY Jacques, GUERET-TALON Lyvie, *La différence est une Force : Essai sur le Management Stratégique de la Diversité*, Paris, Éditions ESKA, 2012.

LECLERC Mélanie, *Les class actions, du droit américain au droit européen : propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2012.

LECLERC Olivier, *Protéger les lanceurs d'alerte, La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.

LEROY Yann, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2011.

LEYENS Jacques-Philippe, YZERBUT Vincent, SCHADRON Georges, *Stéréotypes et cognition sociale*, Sprimont, Mardaga, 1996.

MACINTYRE Alasdair, *After virtue : A study in moral theory*, Paris, PUF, 1997.

MAILLY Jacques, *La normalisation*, Paris, Dunod, 1946.

MALECKI Cathérine, *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Issy-les Moulineaux, LGDJ, 2014.

MALZERAY Lidwine, *La question de la diversité mise à l'épreuve : le cas du groupe Crédit Agricole SA*, thèse, Université Paris 2, 2014.

MANIGOT Vincent, *La discrimination en entreprise, réflexions sur un risque*, Paris, Lexis Nexis, 2011.

MARCHAL Hervé, *La diversité en France : impératif ou idéal ?*, Paris, Ellipses, 2010.

MARTIN Virginie, NAVES Marie-Cécile, *Talents gâchés : le coût social et économique des discriminations liées à l'origine*, La Tour d'Aigues, L'aube, 2015.

MASCLET Olivier, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012.

MATHIEU Jean-Luc, *L'institution du Défenseur des droits*, Paris, L'Harmattan, 2020.

MAZIÈRE Pierre, *Le principe d'égalité en droit privé*, thèse, Université Paris 2, 1997.

MERCAT-BRUNS Marie, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013.

MESSNER Francis, *L'affiliation religieuse en Europe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2017.

MICHAELS Walter Benn, *La diversité contre l'égalité* (traduit de l'américain par Frédéric Junqua), Paris, Raisons d'agir, 2009.

MINÉ Michel, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016.

MONNEYRON Frédéric, SIARY Gérard, *L'idée de race : histoire d'une fiction*. Paris, Berg, 2012.

NDIAYE Pap, *La condition noire. Essai sur une minorité française*, Gallimard, Paris, 2009.

N'CHO Julie, *La place de la diversité dans le processus de gestion des talents*, thèse, Université Toulouse 1, 2019.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PEYRONNET Marie, *La diversité : étude en droit du travail*, thèse, Université de Bordeaux, 2018.

PONCHUT Marine, *Le rôle du genre dans la conduite d'une démarche d'égalité professionnelle : cas d'une grande entreprise de transport*, Strasbourg, Université de Strasbourg, 2014.

- REEVES Joseph, VITOUR Agathe (dirs.), *Peur de la sanction et sanction de la peur*, Poitiers, Presses Universitaires de Poitiers, 2018.
- ROBIN Donald P., REIDENBACH R. Eric, *Business ethics: where profits meet value systems*, Englewood Cliffs, N.J, Prentice Hall, 1989.
- ROMANET Laure, BENAICHE Lionel, *Les lanceurs d'alerte, auxiliaires de justice ou gardiens du silence ? L'alerte éthique en droit français*, Paris, Éditions de Santé, 2014.
- ROOSEVELT Thomas R. Jr., *World class diversity management: a strategic approach*, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2010.
- ROSSIGNOL Sophie, *La reconnaissance des discriminations multiples en droit du travail : état des lieux et perspectives*, thèse, Université de Strasbourg, 2017.
- SARGEANT Malcolm (ed.), *Age discrimination and diversity : Multiple discrimination from an age perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- SCHMITT Mélanie, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.
- SCOTTO Marie-José, *Les processus de féminisation et d'égalité professionnelle dans les métiers dits masculins : une analyse quantitative bi-sectorielle*, thèse, Université Clermont-Ferrand 1, 2008.
- SÉNAC Réjane *Les non-frères au pays de l'égalité*, Réjane Sénac (dir.), Paris, Presses de Sciences Po, « Nouveaux Débats », 2017, p. 106
- SÉNAC Réjane, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015.
- SÉNAC Réjane, *L'invention de la diversité*, Paris, Puf, 2012.
- SERENO Sophie, *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017.
- SÉVÉON Olivier, *CSE : prérogatives des ex-DP et représentants de proximité*, Le Mans, GERESO, 2020.
- SMETS Paul F., *Éthique ou cosmétique ? Le retour des valeurs dans un monde paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

SUPIOT Alain. (dir.), *Au-delà de l'emploi: les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, Paris, Flammarion, 2016.

SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres*, Nantes, Institut d'Études Avancées de Nantes, Paris, Fayard, 2015.

SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social, au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse, Université Paris X Nanterre, 2010.

TAUBIRA Christianne, CASTALDO André, *Codes Noirs. De l'esclavage aux abolitions*, Paris, Dalloz, 2006.

THARAUD Delphine, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

TRIBALAT Michèle (éd.), *Cent ans d'immigration, étrangers d'hier, Français d'aujourd'hui : apport démographique, dynamique familiale et économique de l'immigration étrangère*, Paris, Institut National d'Études Démographiques, 1991.

TRICOIT Jean-Philippe David, *La médiation dans les relations de travail*, Paris, L.G.D.J, 2008.

TORRES Felix, *Que peut l'entreprise ? Réaffirmer l'initiative privée dans le monde de l'après-Covid*, Paris, Humensis, 2021.

TUR Laurence Nathalie, *L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes*, thèse, Université Pierre Mendès France (Grenoble), 2006.

III – Rapports, Guides, Études

AFNOR

Cahiers des charges téléchargeables sur la page officielle de Afnor certification, 2009, <https://certification.afnor.org/ressources-humaines/label-diversite> :

- « Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable aux organismes privés dont l'effectif est égal ou supérieur à 50 salariés.
- « Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable aux organismes privés dont l'effectif est inférieur à 50 salariés.

- « Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » Cahier des charges de labellisation applicable à l'État et à ses établissements publics, aux collectivités territoriales et leurs établissements publics, aux établissements publics du secteur de la santé, du social et du médico-social, ainsi qu'aux autres organismes relevant du secteur public.

AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, actualisé en janvier 2020.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapport 2020-2021 : La situations des droits humains dans le monde*, 2021.

ASSEMBLÉE NATIONALE

- Assemblée Nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, 11 juin 2020, n°3085.
- Assemblée Nationale, *Étude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures les mesures pour le renforcement du dialogue social*, 27 juin 2017.

AFA (Agence française anticorruption), *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds public et de favoritisme*, JORF n°0010 du 12 janvier 2021.

BANQUE MONDIALE, *Doing Business in 2004 : understanding regulation*, rapport n°27147, 2003.

BÉCHAUX Stéphane, *Recruter dans la diversité. La formation, une obligation ou une chance ?*, Lab'HO observatoire des Hommes et des organisations du groupe Adecco, mai 2018.

BENBASSA Esther Benbassa ET ALII, *Proposition de loi visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités*, Sénat, n°811, 25 juillet 2013.

BRUNET Sylvie, DUMAS Marie, « Bilan de l'application des dispositifs promouvant l'égalité professionnelle entre femmes et hommes », *Les études du Conseil social, économique et environnementale*, Les éditions des journaux officiels, 9 mars 2012.

BUSINESSEUROPE

- BusinessEurope, *The future of the social dimension in Europe*, juin 2019.
- BusinessEurope, *Key issues to strengthen gender equality in Europe. Position paper*, décembre 2019.
- BusinessEurope, *Adapting social protection systems to demographic change, modern labour markets and diverse life phases and choices. Policy orientation note*, 18 janvier 2021.

CÉREQ (Centre d'études et de recherches des qualifications), « Les enquêtes « Génération » du Céreq : éléments de bilan », *Net.Doc*, n°25, 2006.

CESE, JOSEPH Dominique, TROSTIANSKY Olga, « Crise sanitaire et inégalités de genre », *Les avis du CESE*, 23 mars 2021.

CFDT, « Prévenir et combattre le racisme et les discriminations raciales au travail », *Vivre ensemble, Travailler ensemble* n°6, Paris, novembre 2020.

CGET, ANNE Denis, CHAREYRON Sylvain, L'HORTY Yannick ET AL., *Rapport final pour le CGET: Discrimination dans le recrutement des grandes entreprises : une approche multicanale*, mars 2019.

CNIL

- CNIL, Défenseur des droits, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances. Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, mars 2012
- CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017.
- Cnil, *La Cnil en bref. Protéger les données personnelles, accompagner l'innovation, préserver les libertés individuelles*, Rapport, 2019.
- CNIL, CSA, Défenseur des droits, Hadopi, *Kit pédagogique du citoyen numérique*, 18 janvier 2021.

COMMISSION EUROPÉENNE

- Commission Européenne, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, /* COM/2001/0366 final */, 2001.

- Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, *Continuer dans la voie de la diversité : les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, octobre 2008-publié en mai 2009.
- Commission européenne, *Les chartes de la diversité en Europe : Comprendre les avantages pour l'entreprise, gérer la diversité au travail*, Union Européenne, 2012.
- Commission européenne, *Livre vert sur la cohésion territoriale : faire de la diversité territoriale un atout*, 2008.
- Commission européenne, *Le cas commercial en faveur de la diversité : bonnes pratiques sur le lieu de travail*, 2009.
- Commission européenne, *La diversité au travail. Guide à l'intention des PME*, 2009.
- Commission européenne, *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive, Étude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux États-Unis et en Afrique du Sud*, 2009.
- European Commission, Special Eurobarometer 393, *Discrimination in the EU in 2012-Report*, 2012.
- Recommandation de la Commission 2013/396/UE du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.
- Rapport de la Commission au Parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen du 25 janvier 2018, concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), COM/2018/040.
- Eurobaromètre spécial 437, *La discrimination dans l'Union européenne en 2015*, 2015.
- Commission Européenne, *Un nouveau départ pour le dialogue social*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016.
- Commission européenne, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe – The business case for diversity*, 2016.

- Commission Européenne, *Diversity and inclusion charter*, 19 juillet 2017, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/diversity-inclusion-charter-2017-07-19-en.pdf>.
- Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » aux fins du règlement (UE) 2016/679*, adoptées le 4 avril 2017.
- Eurobaromètre spécial 493, *Discrimination dans l'Union Européenne*, mai 2019.
- Commission européenne, *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, avril 2019.
- Commission européenne, *Plan d'action sur le socle européen des droits sociaux*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2021.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité raciale) et de la directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi (directive sur l'égalité en matière d'emploi, COM(2021) 131 final, 19 mars 2021.

CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Droit souple*, 2 oct. 2013.

CONSEIL DE L'EUROPE

- Comité européen de coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte du 30 avril 2014.
- Comité des Ministres, *Lignes directrices du comité des ministres aux États membres sur la protection et la promotion des droits de l'homme dans les sociétés culturellement diverses*, adoptées par le Comité des Ministres le 2 mars 2016, lors de la 1249^e réunion des Délégués des Ministres.
- Étude du Conseil de l'Europe préparée par le Comité d'experts sur les intermédiaires d'internet (MSI-NET), *Algorithms and Human rights, Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Conseil de l'Europe DGI (2017) 12, mars 2018.

- Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme dans les sociétés culturellement diverses*, juin 2016.
- Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe*, Résolution 2300, 1^{er} octobre 2019.
- Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe*, Recommandation 2162 (2019).

DGAFF

- DGAFF, *Le Label diversité dans la fonction publique*, septembre 2010.
- DGAFF, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et à la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique*, 2018.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY, « *Benchmarking of diversity practices at the European Union level* », 8 juillet 2016, EBA-Op-2016-10.

CGET (Commissariat général à l'égalité des territoires), dossier « Commission Images de la diversité », <https://www.cget.gouv.fr/commission-images-de-diversite-0>.

DARES

- GARNER Hélène, RECOULES Magali, *Égalité, diversité, discrimination : Étude de 80 accords d'entreprise sur la Diversité*, DARES, n°182, juin 2014.
- DARES et ISM Corum, « Discrimination à l'embauche selon 'l'origine' : que nous apprend le testing auprès de grandes entreprises ? », *DARES Analyses*, n°076, 2016.
- DARES, « Les femmes dans les instances représentatives du personnel : bientôt la parité ? », *DARES Analyses*, février 2018, n°007.
- DARES, *Activités et conditions d'emploi de la main- d'œuvre pendant la crise sanitaire Covid-19*, synthèse des résultats de l'enquête flash, avril 2020.

DÉFENSEUR DES DROITS

- HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : que répondent les entreprises à la HALDE ?*, 2006.

- Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité*, 2016, *Rapport annuel d'activité*, 2018, *Rapport annuel d'activité*, 2019.
- Défenseur des droits et OIT, *10^e Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi*, 2017.
- Défenseur des droits, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, en partenariat avec la CNIL, mai 2020.
- Défenseur des droits, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 22 juin 2020.
- Défenseur des droits, « Guide Pour un recrutement sans discrimination », juin 2019.

FONDS SOCIAL EUROPÉEN EN FRANCE, dossier thématique : *La diversité en entreprise, source de richesses et levier de performance*, 24 avril 2017, <http://www.fse.gouv.fr/dossiers-thematiques/la-diversite-en-entreprise-source-de-richesses-et-levier-de-performance-0>.

FRANCE STRATÉGIE

- BENHAMOU Salima, DIAYE Marc-Arthur, CRIFO Patricia, *Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité Évaluation et approche stratégique.*, France Stratégie, janvier 2016.
- BON-MAURY Gilles, BRUNEAU Catherine, DHERBÉCOURT Clément, [et al.], *Le coût économique des discriminations : rapport à la Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social et au Ministre de la ville, de la jeunesse et des sports*, Paris, France stratégie, septembre 2016.

GARDIN Alexia, LEROY Yann, MARRAUD Catherine, « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dossier d'études. Allocations familiales*, CERIT-CRDP, n°45-2003.

HAUT COMITÉ DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE, *Guide d'application du code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de janvier 2020*, mars 2020.

HEATH Anthony, RICHARDS Lindsay, *Les attitudes à l'égard de l'immigration et leurs déterminants : principaux résultats de la 7^{ème} édition de l'Enquête Sociale Européenne*, ESS ERIC, février 2018.

ISO, *ISO 26000 Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, Découvrir ISO 26000, 2010, https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/fr/PUB100258_fr.pdf.

INSEE

- Sylvain Papon, Isabelle Robert-Bobée, « Une hausse des décès deux fois plus forte pour les personnes nées à l'étranger que pour celles nées en France en mars-avril 2020 », *INSEE Focus*, N°198, paru le 7 juin 2020.
- INSEE, *Les inégalités sociales à l'épreuve de la crise sanitaire : un bilan du premier confinement*, INSEE références, Édition 2020, Vue d'ensemble, 2020.
- INSEE, *Trajectoires et Origines*, 23 août 2021.
- INSEE, *Trajectoires et Origines 2 : enquête sur la diversité des populations en France*, 9 mars 2021.

INSTITUT MONTAIGNE

- SABEG Yazid, MÉHAIGNERIE Laurence, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Institut Montaigne, janvier 2004.
- BLIVET Laurent, *Ni quotas, ni indifférence : l'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, octobre 2004.
- GEISS Romain, *Ouvrir les grandes écoles à la diversité*, Institut Montaigne, janvier 2006.
- KESLASSY Eric, *Ouvrir la politique à la diversité*, Institut Montaigne, janvier 2009.
- KESLASSY Eric, *Quelle place pour les minorités visibles ? Retour sur les élections régionales de mars 2010*, Institut Montaigne, mars 2010.
- NEES Danielle, *15 propositions pour l'emploi des jeunes et des seniors*, Institut Montaigne, septembre 2010.
- CHAUSSADE Jean-Louis, *Dix ans de politiques de diversité: quel bilan ?*, Institut Montaigne, septembre 2014.
- VALFORT Marie-Anne, *Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité*, Institut Montaigne, octobre 2015.
- *Sauver le dialogue social, Priorité à la négociation d'entreprise*, Institut Montaigne, septembre 2015.

LE ROUX Bruno, HAMMADI Razzy Hammadi ET ALII, *Proposition de loi visant à instaurer une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités*, Assemblée Nationale, n°1699, 14 février 2014.

L'HORTY Yannick, Rapport au Premier Ministre, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, juin 2016.

MIJATOVIC Dunja, Commissaire aux droits de l'Homme, « Protéger les droits de l'Homme à l'ère de l'intelligence artificielle », *Carnet des droits de l'Homme du Commissaire*, Strasbourg, 3 juillet 2018.

MINISTÈRE DU TRAVAIL

- Instruction DGEFP-DIV n°2006/34 du 13 novembre 2006 relative au renforcement des moyens des politiques de l'emploi dans les territoires sensibles.
- Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.
- PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise : Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Ministère du travail, Ministère de la justice, Ministère des droits des femmes, 17 déc. 2013.
- SCIBERRAS Jean-Christophe (président du groupe de dialogue), *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Ministère du travail, Ministère chargé de la ville, de la jeunesse et des sports, 13 mai 2015.
- SCIBERRAS Jean Christophe (Président du groupe de dialogue), *Rapport sur le suivi de la mise en œuvre des propositions du groupe de dialogue sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Ministère du travail, Ministère chargé de la ville, de la jeunesse et des sports, 16 novembre 2016.
- Ministère du travail, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-413 du 7 avril 2016 relative au contrôle de l'application du droit du travail, *JO* 8 avr. 2016, n°0083.
- Ministère du travail, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, *JO* 23 septembre 2017, n°0223.
- Ministère du travail, Guide pratique et juridique, *Harcèlement sexuel et agissements sexistes : prévenir, agir, sanctionner*, mars 2019.

- Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, *Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs en entreprise face à l'épidémie*, (version applicable à compter du 30 juin 2020).

MINISTÈRE CHARGÉ DE LA VILLE, AGENCE NATIONALE DE COHÉSION DES TERRITOIRES, *Portraits de France*, mars 2021.

OBSERVATOIRE DES INÉGALITÉS, *Rapport sur les inégalités en France, Édition 2021*, Paris, Observatoire des inégalités, 2021.

OCDE

- OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, Éditions OCDE, 2011.
- OCDE, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, Paris, Éditions OCDE, 2016.
- OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, Paris, Éditions OCDE, 2017, p. 41.
- OCDE, *Base de données sur l'emploi - Rémunérations et salaires*, <http://www.oecd.org/fr/emploi/emp/basededonneessurlemploi-remunerationsetsalaires.htm>
- OCDE, *Base de données sur l'emploi – Chômage*, <http://www.oecd.org/fr/els/emp/basededonneessurlemploi-chomage.htm>.

OIT

- CÉDIEY Eric, FORONI Fabrice, *Les discriminations à raison de «l'origine» dans les embauches en France. Une enquête nationale par tests de discrimination selon la méthode du Bureau international du travail*, Genève, Bureau international du travail, 2007.
- OIT, *Working from home: From invisibility to decent work*, rapport, 13 janvier 2021.

ORSE

- ORSE, *Comment rendre compte dans les rapports extra-financiers des relations avec les parties prenantes ? État des lieux des pratiques des entreprises en France à partir de quelques rapports annuels ou RSE, Complément au guide publié en 2010*, février 2014.

- ORSE, *Éthique, responsabilité et stratégie d'entreprise*, Paris, septembre 2017.

TERRA NOVA

- BRETON Thierry, Terra Nova, *La lutte contre les discriminations liées aux origines dans le monde du travail : Faire cesser une injustice sans commettre une autre*, Terra Nova, Rapport du 1^{er} octobre 2020.
- TIN Louis-Georges, ALLAL Mehdi Thomas, LEMAIRE Sophie, *Discriminations : s'unir pour ne plus subir*, Terra Nova, 19 juin 2014.

TERRITOIRE ET ORIGINS (TEO), Équipe TeO coordonnée par BEAUCHEMIN Cris, HAMEL Christelle, SIMON Patrick, « Trajectoires et Origines, Enquête sur la diversité des populations en France », *Document de travail 168*, octobre 2010.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE

- MEYER Nicole Marie, *Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte*, Transparency International France, 2^e éd., décembre 2017.
- Transparency International France, *Quatre ans après l'adoption de la loi Sapin II : quel bilan ?*, 2021.

VERSINI Dominique, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport présenté à Monsieur Renaud Dutreil, ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État, décembre 2004.

UN Women, *From Insights to action. Gender equality in the wake of Covid-19*, septembre 2020.

VEIL Simone (présidente du groupe), Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, Rapport au Président de la République, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, décembre 2008.

IV – Articles de doctrine et contributions à des ouvrages collectifs

ABOUANA Marie Stéphanie, BRUNO Pierre, « Réception et représentations de la notion de diversité : perspective », In *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Philippe Icard, Juliette Olivier Leprince, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 5-17.

ADAM Patrice, « L'action de groupe discrimination. Sur la prudence audace d'une réforme majeure », *Dr. soc.*, 2017, p. 638.

ADAM Patrice, « Négociation collective sans délégué syndical : la loi de l'antiarithmétique », *SSL*, septembre 2019, n°1873, p. 5.

ADAM Patrice, « Le retour des sycophantes ? (à propos du whistleblowing) », *Dr. ouvr.*, juin 2006, p. 281.

ADAM Patrice, « Harcèlement moral ; quelques réflexions autour de l'affaire Eutelsat », *Dr. ouvr.*, févr. 2006, p. 57.

ADIDA-CANAC Hugues, « Le contrôle de la nomenclature *Dintilhac* par la Cour de cassation », *D.*, 2011, p. 1497.

ALBIOL Jean-Marc, MAUCCI Carole, SLATTERY Elisabeth, NEIGHBOUR Kerstin, DE LA VILLA Luis Enrique, « Chez nos voisins européens. Le contrôle des systèmes d'alerte professionnelle et des codes de conduite », *JCP S*, n°5, 2 février 2010, act.57.

AMAUGER-LATTES Marie-Cécile, « L'évolution paradoxale de la sanction pénale du droit conventionnel du travail », *Dr. soc.* 2009, p. 568.

AMAUGER-LATTES Marie-Cécile, « Le dialogue social : outil de régulation de l'intelligence artificielle dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2021, p. 146.

AMOSSE Thomas, « Droit et statistique : éléments d'une histoire croisée, ce que nous apprennent les œuvres d'Alain Desrosières et Alain Supiot » In *Variations juridiques et sociologiques, regards experts sur de grandes mutations du Droit*, Marc Dalloz (dir.), L'Harmattan, Paris, 2016, p. 15-46.

ANTONMATTEI Paul-Henri, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français. État des lieux et perspectives », *JCP S*, n°11, 13 mars 2007, act.125.

ANTONMATTEI Paul-Henri, « Conditions de validité des dispositifs d'alerte professionnelle », *JCP S*, n°9-10, 2 mars 2010, 1091.

AST Frédérique, « La notion de diversité et son appréhension par le Défenseur des droits », In *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Philippe Icard, Juliette Olivier Leprince, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 113-131.

AUBIN Emmanuel, « Fonction Publique : contentieux du recrutement – contentieux de l'égalité admissibilité », *Rép. cont. Adm.*, juin 2014.

AUVERGNON Philippe, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *Droit social* 1996 p. 598.

AUVERGNON Philippe, « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », In *La contractualisation du droit social : Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Philippe Auvergnon (dir.) Bordeaux, COMPTRASEC, 2003, p. 7-31.

AUZERO Gilles, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », *Dr. soc.*, 2017, p. 1018.

AZAR-BAUD Marie José, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr.soc.*, 2020, p. 353.

BAILLEUX Antoine, « Le soft law et les deux droits », In *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, p. 503-537.

BARGAIN Gwenaëlle, « L'évaluation économique du coût des discriminations », *Revue de droit du travail*, 2017 p. 205.

BARIET Anne, « L'index des inégalités salariales femmes/hommes est publié », *actuEL RH*, 10 janvier 2019.

BARIET Anne, GRUET-ZOUGAR Justine, « L'ANDRH milite pour la création d'un "Index seniors" », *actuEL RH*, 11 sept. 2019.

BARTHÉLÉMY Jacques, CETTE Gilbert, KOUDADJE Gépy, « La restructuration des branches professionnelles : pertinence économique, régime juridique et difficultés de conception », *Droit social*, 2020, p. 455.

BEAUCHEMIN Cris, HAMEL Christelle, LESNÉ Maud, SIMON Patrick, « Les discriminations : une question de minorités visibles », *Population et Sociétés*, 2010, n°466.

BECKERS Maude, « Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale », *Dr.ouvr.*, mars 2016, n°812, p. 129.

BENAMOUZIG Daniel, « Mesures de qualité de vie en santé. Un processus social de subjectivation ? », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2010/1 (N°4), p. 135.

BENDER Anne-Françoise, PIGEYRE Frédérique, « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité*,

discrimination et diversité dans l'emploi, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 83-100.

BENDICK Marc, EGAN Mary Lou, LOFHJELM Suzanne M., « Workforce diversity training: From antidiscrimination compliance to organisational development », *Human Resource Planning*, 2001, 24, p. 10.

BENLOLO-CARABOT Myriam, « La protection des personnes handicapées aspects européens et internationaux », In *Les droits des personnes handicapées, Bilan et perspectives*, Anne-Sophie Mugnier-Renard (dir.), Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 55-70.

BENRAISS-NOAILLES Laila, HERRBACH Olivier, « Enjeux organisationnels et managériaux de l'IA pour la gestion du personnel. Vers un DRH « augmenté » ?, *Dr. soc.*, 2021, p. 110.

BERGER-DOUCE Sandrine, « Les PME, ces oubliés de la diversité ? », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 213-229.

BERSON Clémence, « Testing : la difficulté de l'interprétation de la discrimination à l'embauche », *Travail et emploi* 2013/3, n°135, p. 27.

BÉTHOUX Élodie, « Le dialogue social transnational dans l'entreprise : dynamiques européennes », In *Les nouveaux cadres du dialogue social. Europe et territoires*, Annette Jobert (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, Collection « Travail & Société », n°61, 2008, p. 189-246.

BÉTHOUX Élodie, JOBERT Annette, MACHU Laure, MIAS Arnaud, « Le dialogue social dans l'espace européen. Branches, entreprises, territoires », In *Les nouveaux cadres du dialogue social. Europe et territoires*, Annette Jobert (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, Collection « Travail & Société », n°61, 2008, p. 13-23.

BIANCO Jean-Louis, CADÈNE Nicolas Cadène, Cyril Wolmark, « Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise ? », *RDT* 2017, p. 235.

BIDET Jacques, « Égalité des chances et principe de différence. Une réinterprétation », In *L'égalité des chances, Analyses, évolutions, perspectives*. Gilles J. Guglielmi (éd.) Paris, La Découverte, « Recherches », 2000, p. 51-67.

BLACKETT Adelle, SHEPPARD Colleen, « Collective bargaining and equality : Making connections », *International Labour Review*, Vol.142 (2003), n°4, p. 419.

BLANQUET Marc, « Effet direct du droit communautaire », In *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (actualisation : avril 2015).

BLIN-FLANCHOMME Marie-Pierre, JAZOTTES Gérard, « Le défi d'une IA inclusive et responsable », *Dr. soc.*, 2021, p. 100.

BORDIER Guillaume, « Le chantier majeur du RGPD », *Sem.soc. Lamy*, n°1807, 19 mars 2018.

BORING Anne, SÉNAC Réjane, DOMINGUEZ Marta et al., « La crise sanitaire et les inégalités entre les sexes en France », In *Le monde d'aujourd'hui. Les sciences sociales au temps de la Covid*. Marc Lazar (éd.), Paris, Presses de Sciences Po, « Hors collection », 2020, p. 117-131.

BOUBLI Bernard, « L'égalité de traitement n'autorise pas la mise en pièces des accords collectifs », *Gaz. Pal.*, 2011, n°169, p. 12.

BOURRICAUD François, « De la morale professionnelle à l'éthique et à la déontologie », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de LA BRUSLERIE, Paris, Ed. Economica, 1992, p. 23-35.

BOUSEZ Françoise, MARTINON Arnaud Martinon, « Les sanctions en droit du travail. De la pluralité des autorités à la diversité des sanctions », In *Les sanctions en droit contemporain, volume 1 : la sanction, entre technique et politique*, Cécile Chainais, Dominique Fenouillet (dirs), Paris, Dalloz, 2012, p. 412-423.

BRUNO Isabelle, « La déroute du « benchmarking social ». La coordination des luttes nationales contre l'exclusion et la pauvreté en Europe », *Revue Française de Socio-Économie*, 2010/1 (n°5), p. 41.

BOUSSARD-VERRECCHIA Emmanuelle, « Action de groupe », In *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Delphine Tharaud et Caroline Boyer-Capekke (dir.), Paris, L'Harmattan, 2021, p. 18-19.

BOUSSARD-VERRECCHIA Emmanuelle, « La discrimination systémique ligne émergente dans le contentieux en France », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie-Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 37-42.

BOWIE Norman E., « L'entreprise comme règne des fins », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, p. 163-195.

BUGADA Alexis, « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », *JCP S*, n°6, 13 février 2018, 1056.

BUGADA Alexis, « L'action de groupe contre les discriminations au travail : une menace judiciaire au service du dialogue social ? », *Chroniques du travail*, L'égalité dans l'entreprise, Institut régional du travail (Provence-Alpes-Côte d'Azur), 8/2018, p. 191.

BUGADA Alexis, « Les audaces embarrassantes de la première action de groupe en discrimination », *SSL*, 15 février 2021, n°1941.

BURNIER Frédéric, PESQUIÉ Brigitte, « Test de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques* 2007/3 n°5, p. 60.

BILLAUDOT Bernard, « L'illusion de l'autonomie de la coordination par le contrat vis-à-vis de toute action collective : l'ambivalence de la RSE », in *La Responsabilité Sociale de l'Entreprise : Nouvelle régulation du capitalisme ?*, Nicolas Postel, Didier Cazal, Frédéric Chavy, Richard Sobel (eds.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2011, p. 25.

BONVALOT Carole, « L'égalité femmes/hommes à la sécurité sociale », *EN3S-École nationale supérieure de Sécurité sociale*, « Regards », 2016/2 N°50, p. 149.

CADET Isabelle. « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue internationale de droit économique*, vol. t.xxiv, no. 4, 2010, p. 401.

CALVÈS Gwénaële, « Le critère « religion ou convictions », même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 323.

CALORI Roland, OSTERRIETH Martine, « L'unité dans la diversité : les chemins du management européen », In *La résistance culturelle : fondements, applications et implications du management interculturel*, Pierre Dupriez, Solange Simons (dirs.), Bruxelles, De boeck, 2002, p. 317-334.

CARDE Estelle, « De l'origine à la santé, quand l'ethnique et la race croisent la classe », *Revue européenne des migrations internationales*, vol.27, no. 3, 2011, p. 31.

- CARON Mathilde, REGULSKI Céline, « Responsabilité sociale des entreprises et contractualisation des relations de travail : Réflexions à partir de trois accords nationaux interprofessionnels français », In *La Responsabilité Sociale de l'Entreprise : Nouvelle régulation du capitalisme ?*, Nicolas Postel, Didier Cazal, Frédéric Chavy, Richard Sobel (eds.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2011, p. 181.
- CARTUYVELS Yves, « Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif », In *Les sources du droit revisitées, Volume 2 : normes internes infraconstitutionnelles*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 55-104.
- CASOLARI Federico, « The unbearable lightness of soft law : on the European Union's recourse to informal instruments in the fight against illegal immigration » In *L'Europe en kaléidoscope, Liber Amicorum Marianne Dony*, Emmanuelle Bribosia, Nicolas Joncheray, Areg Navasartian, Anne Weyembergh (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2019, p. 457-468.
- CAULET François, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTD Eur.* 2012 p. 594-29.
- CAYROL Nicolas, « Action en justice – Intérêt direct et personnel », In *Répertoire de procédure civile*, juin 2019.
- CESARO François, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S*, n°22, 29 mai 2012, p. 1237.
- CHAMMARD Juliette Boyer, BRUN-BUISSON Anne-Laure, « Médiation et droit du travail : quelle articulation ? », *Juris associations*, 2014, n°510, p. 29.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Nommer, mesurer, intégrer les marges sociales en droit français », *La Revue des droits de l'homme*, 14 | 2018, 14 juin 2018.
- CHAPPE Vincent-Arnaud, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, 2011/2 (n°23), p. 45.
- CHAPPE Vincent-Arnaud, « L'index d'égalité professionnelle : une révolution par les nombres ? », *actuEL RH*, 10 sept. 2019.
- CHARPIN Jean-Michel, « Statistiques : les voies de la confiance », *Revue économique*, 2010/3 (Vol. 61), p. 371.

CHARREIRE-PETIT Sandra, SURPLY Joëlle, « Du whistleblowing à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise », *M@n@gement*, 2008/2 (Vol. 11), p. 113.

CHATEAURAYNAUD Francis, « Lanceur d'alerte », In *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Casillo Ilaria, Barbier Rémi, Blondiaux Loïc, Francis Chateauraynaud, Fourniau Jean-Michel, Lefebvre Rémi, Neveu Catherine et Salles Denis (dir.), Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, disponible en ligne <http://www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte>.

CHAINAIS Cécile, FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », in *Les sanctions en droit contemporain, volume 1 : la sanction, entre technique et politique*, Cécile Chainais, Dominique Fenouillet (dirs), Paris, Dalloz, 2012, p. XII- LXXX.

CHEVALLIER Jacques, « L'internormativité », In *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dirs), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 689-711.

CHEVRY Gabriel, « L'Institut international de statistique (I.I.S.) », *Economie et statistique*, N°13, Juin 1970, p. 63.

CHOPIN Frédérique, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 360.

CLAVAGNIER Brigitte, « Halte aux sutranspositions des directives européennes ! », *Juris associations*, 2018, n°573, p. 3.

CLÉMENT Emmanuelle, « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S*, n°38, 26 sept. 2017, n°1296.

CLUZEL-MÉTAYER Lucie, « La normalisation technique », in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, sous la direction de Petra Hammje, Laetitia Janicot et Sophie Nadal, Paris, Lextenso éditions/LEJEP, 2013, p. 189-199.

CLUZEL-MÉTAYER Lucie, « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'état et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », *RFDA*, 2010, p. 309.

COHEN Maurice, « Le droit de substitution, un cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.*, 1990, p. 790.

CORNET Annie, « Le genre et la diversité : les enjeux de l'intersectionnalité et de la transversalité », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 47-63.

CRENSHAW Kimberlé, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139.

CRENSHAW Kimberlé, « Mapping the margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, Vol.43, N°6, juillet 1991, p. 1241.

CUSSET Pierre-Yves, « Les statistiques « ethniques » : état des lieux, état des problèmes », In *Statistiques « ethniques » : éléments de cadrage*, Centre d'analyse stratégique, La Documentation française, Paris, 2006, p. 9-50.

CUZACQ Nicolas, « Proposition de directive relative à la publication par les entreprises d'informations extra-financières et d'informations relatives à la diversité », *RDT*, 2013, p. 563.

CUZACQ Nicolas, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *Rev. sociétés*, 2015, p. 708.

DABOSVILLE Benjamin, « Le référendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale », *Dr. ouvrier*, juillet 2019, n°853, p. 432.

DANIS-FANTÔME Anne, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *Revue des droits de l'Homme*, n°9, 2016.

DAUGAREILH Isabelle, « Union Européenne », In *Dictionnaire critique de la RSE*, Nicolas Postel, Richard Sobel (dirs.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 471-474.

DAVOINE Jean-Baptiste, « Égalité professionnelle : les six nouveaux indicateurs à ajouter à la BDES », *actuEL RH*, 17 janv. 2019.

DE DUVE Éléonore, « L'effectivité des normes : considérations théoriques et pratiques autour du droit de l'Union, spécialement des clauses abusives » In *L'Europe en kaléidoscope, Liber Amicorum Marianne Dony*, Emmanuelle Bribosia, Nicolas Joncheray, Areg Navasartian, Anne Weyembergh (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2019, p. 336-356.

DE TONNAC Aurélia, « Différenciation », In *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Delphine Tharaud, Caroline Boyer-Capelle (Dirs.), Paris, L'Harmattan, 2021, p. 100-101.

DE QUENAUDON René, « L'ambivalence des dispositifs d'alerte professionnels en France », *BS Lefebvre*, 4/10, avr. 2010, 167.

DE QUENAUDON René, « Droit du travail », In *Dictionnaire critique de la RSE*, Nicolas Postel and Richard Sobel (dirs.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 121-125.

D'ORNANO Antoine, « Éclairages sur la compétence internationale de la CNIL », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 874.

DEBOUZY Marianne, « Permanence du paternalisme ? », *Le mouvement social*, n°144, juillet-septembre 1988, p. 3.

DEHARO Gaëlle, « Le droit, un outil du management agile ? Une perspective juridico-gestionnaire », *Revue française de gestion*, 2018/3 (N°272), p. 33.

DELBLOND Antoine, « Dialogue social dans la fonction publique : remédier ou progresser », *AJFP*, 2009, p. 281.

DENTILHAC Jean-Pierre, « Entre formalisation et prévisibilité : des nomenclatures aux barèmes. Introduction », In *Le droit mis en barème*, Isabelle Sayn (dir.), Paris, Dalloz, 2014, p. 223-226.

DEUMIER Pascale, « La réception du droit souple par l'ordre juridique » In *Le droit souple*, Journées Nationales Tome XIII/ Boulogne-Sur-Mer, Paris, Dalloz, p. 113-139.

DIXON Angela R., TELLES Edward E., « Skin Color and Colorism : Global Research, Concepts, and Measurement », *Annual Review of Sociology*, vol. 43, n°1, 2017, p. 405.

DONDERO Bruno, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », In *Intelligence artificielle*, Stéphane Prévost, Erwan Royer (Éd.), Paris, Dalloz, 2019, p. 127-138.

DRYANCOUR Gilles, « L'éthique est-elle un outil de gestion ? », In *Éthique en entreprise : actes du colloque franco-québécois d'Aix-en-Provence des 6 et 7 juillet*, Aix-en-Provence, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2001, p. 99-108.

DU MARAIS Bertrand, « Les trois enjeux majeurs des rapports Doing Business », in *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Bertrand du Marais (dir.), Paris, La documentation française, 2006, p. 9-15.

DUCAMIN Bernard, ZAKINE Ivan Zakine, « Le juge ultime gardien de la déontologie », In *Éthique, déontologie et droits de l'homme, colloque Droit et démocratie du mercredi 21 juin 1995*, Paris, La documentation française, 1996, p. 31-46.

DUBOS Olivier, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union Européenne », In *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Aude Bouveresse et Dominique Ritleng Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 49-62.

DUFRESNE-CASTETS Maria-Laure, « Actualité des actions de substitution et des actions collectives », *Dr. ouvr.*, mars 2004, p. 122.

DUMONT Hugues, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 639-685.

DUMORTIER Gaëlle, « L'intérêt pour agir des syndicats professionnels en excès de pouvoir : que collecte l'intérêt collectif ? » *JS Lamy*, n°500, 19 juin 2020.

DUPIRÉ Rémi, « Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial », *JCPS S*, 2014, 1066.

EDEL Frédéric, « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits*, vol.49, n°1, 2009, p. 213.

EDIMO NANA Ferdinand, « Éthique et partage du profit en droit du travail », In *L'entreprise face à l'éthique du profit*, Georges Virassamy (dir.), Paris, L'Harmattan, 2008, p. 123-130.

ESCANDE-VARNIOL Marie-Cécile, « Égalité entre hommes et femmes au travail : Les indemnités de licenciement sont des rémunérations susceptibles d'engendrer des discriminations indirectes », *D.* 2000, p. 182.

ESSID Moez, BERLAND Nicolas, « Les indicateurs de la RSE dans les entreprises françaises. La complexité responsable », *Revue française de gestion*, 2013/5 (N°234), p. 27.

FARJAT Gérard, « L'éthique et le système économique, une analyse juridique », In *L'éthique dans les Relations économiques Internationales : en hommage à Philippe Fouchard : colloque*, Alexandrie, 28 avril 2005, Ahmed El Kosheri (dir.), Paris, Pedone, 2006, p. 27-51.

FAUCHEUX Sylvie, NICOLAÏ Isabelle, « La responsabilité sociétale dans la construction d'indicateurs : l'expérience de l'industrie européenne de l'aluminium », *Natures Sciences Sociétés* 2004/1 (Vol. 12), p. 30.

FAVENNEC-HÉRY Françoise, « L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas », *JCP S*, 2005, 1329.

FERKANE Ylias, « Droit du travail », *D.*, 2020, p. 2312.

FERKANE Ylias, « Syndicats et négociation collective », *Dr. soc.*, 2020, p. 119.

FERKANE Ylias, « Syndicats professionnels : prérogatives et action », In *Rép. Trav.*, juin 2020.

FERKANE Ylias, « Le modèle de l'accord collectif de travail à la lumière des ordonnances du 22 septembre 2017 », In *Les ordonnances de l'automne 2017 : point d'aboutissement d'un changement de modèle du droit du travail ?*, François Ballouhey, Maria Teresa Carinci, Konstantina Chatzilaou, et alii, Cergy-Pontoise, Collection Lejep, Lextenso, 2019, p. 47-58..

FEUGÈRE William, « Nouvelles recommandations de l'AFA : révision ou révolution ? », *D. act.*, 2 février 2021.

FISCHER Savane, KERVADEC Ronan, « L'impact du RGPD sur la gestion des données personnelles des salariés », *Les Cahiers Lamy du CE*, n°179, 1^{er} mars 2018.

FIORENTINO Allison, « Les class actions en droit du travail américain », *JCP S*, 2012, n°1415, p. 12.

FITTE-DUVAL Anne, « Personnel des collectivités territoriales : admissibilité aux emplois », In *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, Chapitre 1 (folio n°10310), mai 2015 (actualisation : avril 2019).

FLAMENT Lucien, THOMAS Philippe Thomas, « Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP S*, n°17, 18 octobre 2005, p. 1277.

FORD Richard T., « Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique », In *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Frédéric Guiomard, Sophie Robin-Olivier (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 73-87.

FORT François-Xavier, « Négociation collective dans la fonction publique – Année 0 », *Dr. soc.*, 2021, p. 649.

FORTIER Vincente, « Neutralité et diversité religieuse dans l'entreprise privée », In *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Céline Ruet (dir.), Bayonne : Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, L.G.D.J, 2020, p. 275-286.

FRAIMOUT Jean-Jacques, « Performativité et efficacité de l'acte juridique », in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, sous la direction de Petra Hammje, Laetitia Janicot et Sophie Nadal, Paris, Lextenso éditions/LEJEP, 2013, pp. 75-82.

FRANÇOIS Julien, « Index de l'égalité professionnelle : le rappel sera vif pour les entreprises qui ne s'engagent pas », *actuEL RH*, 12 avril 2019.

FRÉMEAUX Sandrine, NOËL-LEMAÎTRE Christine, « Une analyse philosophique du management de la RSE : de la difficile conciliation entre l'ordre économique, l'ordre juridique et l'ordre moral », *Management & Avenir*, vol. 73, n°7, 2014, p. 107.

FRIGANT Vincent, « Beyond The Business Case and Sustainable chain management: Why Do We Need to Build a Theory of Interfirm Social Responsibility? », *M@n@gement*, 2015, vol. 18(3), p. 234.

FRIMOUSSE Soufyane, PERETTI Jean-Marie, « La diversité ou la dialectique du semblable et du différent », *Management & Avenir* 2007/4 (n°14), p. 105.

FRYDMAN Benoît, LEWKOWICZ Gregory, « Les codes de conduite source du droit global ? », in *Les sources du droit revisitées, Volume 3 : Normativités concurrentes*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, p. 179-210.

GADBIN Daniel, « L'association des partenaires économiques et sociaux aux procédures de décision en droit communautaire », *RTD Eur.*, 2000, p. 1.

GARDES Delphine, « Le droit à l'emploi face à l'intelligence artificielle », *Dr.soc.*, p. 115.

GARDIN Alexia, « Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », In *Rép. trav.*, juillet 2020.

GARNER-MOYER Hélène, « Gestion de la diversité et enjeux de GRH », *Management & Avenir*, 2006/1 (n°7), p. 3.

GARRIGA Elisabet, MELÉ Domènec, « Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory », *Journal of Business Ethics*, vol. 53, 2004, p. 51.

GAURIAU Bernard, « Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale », *JCP S*, n°11, 15 mars 2011, p. 1116.

GENESTIER Philippe, « La mixité : mot d'ordre, vœu pieux ou simple argument ? », *Espaces et sociétés* 2010/1, n°140-141, p. 1.

GÉNIAUT Benoit, « Densification normative et juridification. L'exemple des relations de travail », In *La densification normative. Découverte d'un processus*, Catherine Thibierge (Dir.) Paris, Mare & Martin, 2013, p. 507-519.

GÉNIAUT Benoît, « Covid-19 et télétravail », *Dr. soc.*, 2020, p. 604.

GÉRARD Philippe, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides » In *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), vol.4, Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 19-49.

GERRY-VERNIÈRES Stéphane, « Les « petites » sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », in *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Anthemis, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, pp. 587-638.

GIROUX Guy, « L'éthique : portée et limites de l'autorégulation libérale de l'économie dans un contexte de mondialisation » In *Éthique en entreprise : actes du colloque franco-québécois d'Aix-en-Provence des 6 et 7 juillet*, Aix-en-Provence, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2001, p. 53-75.

GLORIEUX Mikaël, « Le label social belge : une initiative à valeur d'exemple ? », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2009/4 (Tome XLVIII), p. 99.

GOGOS-GINTRAND Amélie, « L'égalité de traitement des salariés ou l'éternelle question de la légitimité des différences », *Dr. soc.*, 2012, p. 804.

GOURGUES Guillaume, YON Karel, « Référendums d'entreprise et conflictualité sociale. Éléments pour un bilan des réformes du droit du travail », *RDT*, 2018, p. 838.

GRAVEL Sylvie, GERMAIN Annick, LECLERC Eliane, « Les données ethniques dans les services publics : dilemmes de gestion de la diversité et protection de la vie privée », In *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle Barth, Christophe Falcoz, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 119-137.

GUIRAUDON Virginie, « La diversité en Europe : une évidence ? », *Raisons politiques*, 2009/3 n°35, p. 67.

GUIOMARD Frédéric, « Le rôle des partenaires sociaux en question ? Quelques enseignements de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel », *RDT*, 2018, p. 589.

GUIOMARD Frédéric, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *RDT*, 2014, p. 568.

GUIOMARD Frédéric, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT*, 2016, p. 52.

HACHEZ Isabelle, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2 Vol. 65, p. 1.

HACHEZ Isabelle, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », in *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : Théorie des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (dirs.), Bruxelles, Anthemis, Université Saint-Louis, 2012, pp. 539-586.

HACHEZ Isabelle, « De la pyramide au réseau et vice versa ? », In *Les sources du droit revisitées, Volume 4 : théories des sources du droit*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dirs), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 51-100.

HAQUET Arnaud, « L'*action positive*, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur.* 2001, p. 305.

HAUTEBERT Joël, « Le droit et la contrainte » In *Peur de la sanction et sanction de la peur*, Joseph Reeves, Agathe Vitour (dir.), Poitiers, Presses Universitaires de Poitiers, 2018, p. 19-25.

HERRERA Richard, DUNCAN Phyllis, REE Malcolm, WILLIAMS Kevin, « Diversity As A Predictor Of Leadership Effectiveness », *Journal of Diversity Management*, 2013, Volume 8, Number 1, p. 1.

HEUSCHLING Luc, « « Effectivité, « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme/ du droit. Analyse des mots et des concepts », In *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité?*, sous la direction de Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Laurence Gay, Ariane Vidal-Naquet, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 27-59.

HOHNEN Paul, « The United Nations Global Compact and the Global Reporting Initiative », In B. Ki-moon (Author) & Rasche, Andreas. Kell, Georg (Eds.), *The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 293.

HOLLOWELL Byron J., « Examining The Relationship Between Diversity And Firm Performance », *Journal of Diversity Management*, 2007, Volume 2, Number 2, p. 51.

HOMAN Astrid, VAN KNIPPENBERG Daan, VAN KLEEF Gerben, DE DREU Carsten, « Bridging faultlines by valuing diversity: Diversity beliefs, information elaboration, and performance in diverse work groups », *Journal of Applied Psychology*, 2007, 92(5), p. 1189.

HOMMEL Thierry, « Paternalisme » In *Dictionnaire critique de la RSE*, Nicolas Postel, Richard Sobel (dirs.), Villeneuve d'Ascq., Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 356-360.

HORTON Rachel, « Justifying Age Discrimination in the EU », In *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Ed. Uladzislau Belavusau and Kristin Henrard (dirs.). Oxford, Hart Publishing, 2019. p. 273-293.

HORWITZ Sujin K., « The compositional impact of team diversity on performance: Theoretical considerations » *Human Resource Development Review*, 2005, 4(2), p. 219.

HUGLO Jean-Guy, « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement », *Sem.soc. Lamy*, n°1727, 13 juin 2016.

JACKSON Susan E., and JOSHI Aparna, « Diversity in social context: A multi-attribute, multilevel analysis of team diversity and sales performance », *Journal of Organizational Behavior*, 25, p. 675.

JANUEL Pierre, « L'Assemblée nationale se penche sur la surtansposition des directives européennes », *D. act.*, 22 décembre 2017.

JAULT-SESEKE Fabienne, « Quelle autorité pour contrôler le respect du RGPD par Google ? », *D.* 2020, p. 2043.

JOBARD Jean-Pierre, « « Business ethics » et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? », In *Éthique, Déontologie et Gestion de l'Entreprise*, Hubert de LA BRUSLERIE, Paris, Ed. Economica, 1992, p. 59-93.

JUNTER Annie, SÉNAC Réjane, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, 2010/3 (n°114), p. 167.

ILIOPOULOU-PENOT Anastasia, « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », In *Répertoire de droit européen*, Octobre 2018.

KANG Sonia K., DECELLES Katherine A., TILCSIK András, JUN Sora, « Whitened Résumés : Race and Self-Presentation in the Labor Market. » *Administrative Science Quarterly* 61, no. 3, septembre 2016, p. 469.

KARILA-VAILLANT Charlotte, « Le management juridique : contours, spécificités et bonnes pratiques », In *Penser les relations du droit et des sciences de gestion. Quelle formation juridique pour les managers du XXIe siècle?*, Gaëlle Deharo, Xavier Struber (dirs), Paris, Dalloz, 2014, p. 35-46.

KEIM-BAGOT Morane, MOIZARD Nicolas, « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ? », *RDT*, 2021, p. 25.

KÉVONIAN Dzovinar, « La légitimation par l'expertise : le Bureau international du travail et la statistique internationale », *Les cahiers Irice* 2008/2 (n°2), p. 81.

KLESTA Audrey, « Un Français en Amérique : le développement des ressources humaines et les différences culturelles », In *La résistance culturelle : fondements, applications et implications du management interculturel*, Pierre Dupriez, Solange Simons, Bruxelles, De boeck, 2002, p. 186-215.

KOCHAN Thomas et al., « The effects of diversity on business performance: Report of the diversity research network », *Human Resource Management*, 2003, 42(1), p. 3.

KOKOTT Juliane, GARDETTE Jean-Marie, « Le statut de la femme à travers le prisme de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. UE*, 2019, p. 341.

KOUDADJE Gépy, « Télétravail : enjeux économiques, environnementaux et juridiques », *Les cahiers Lamy du DRH*, février-mars 2021, n°283-284.

KRESAL Barbara, « Work-Life Balance in Collective agreements » In *Collective bargaining developments in times of crisis*, Sylvaine Laulom (dir.), Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer, 2018, p. 213-230.

KROME Mary A., « Knowledge Transformation: A Case For Workforce Diversity », *Journal of Diversity Management*, 2014, Volume 9, Number 2, p. 103.

LACABARATS Alain, « Le juge du travail et les modes alternatifs de règlement des litiges », *Dr. soc.* 2017, p. 41.

LAITHIER Yves-Marie, « Le droit comparé et l'efficacité économique », In *L'efficacité économique en droit*, Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier, Cécile Pérès (dirs.), Ed. ECONOMICA, Paris, 2010, p. 48- 65.

LAMBRECHT Anja, TUCKER Catherine, « Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in the Display of STEM Career Ads. », *Social Science Research Network*, 2017, <https://ssrn.com/abstract=2852260>.

LAMÈTHE Didier, « À la recherche d'une action de groupe idéale ou idéalisée ? », In *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*, Colloque du 26 mars 2015, Aristide Levi (coordonnateur), Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 7-12.

LAND Kenneth C., « Comment définir les indicateurs sociaux ? », *Revue française de sociologie*, 1971, vol. 12, n°4, p. 569.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1 (N° 21), p. 91.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Discrimination- Construction du droit de la non-discrimination », In *Rép. trav.*, Janvier 2010 (actualisation : avril 2019).

LAPÉROU-SCHENEIDER Béatrice, « À la recherche d'une cohérence de l'exercice par les associations des « droits reconnus à la partie civile » », *Dr. Pén.*, n°7-8, juillet 2016, étude 13.

LARONZE Fleur, « La densification normative de la norme privée selon le pluralisme juridique », In *La densification normative. Découverte d'un processus*, Catherine Thibierge (Dir.) Paris, Mare & Martin, 2013, p. 223-237.

LARONZE Fleur, « L'articulation de la liberté de religion et du principe de non-discrimination », *RDT*, 2013, p. 337.

LARONZE Fleur, « La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO », *Droit social*, 2013, p. 345.

LASCOUMES Pierre, SERVERIN Évelyne, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n°2, 1986, p. 101.

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « La preuve des discriminations : le regard du pénaliste », *Dr. soc.*, 2020, p. 338.

LASSERRE Valérie, « Loi et règlement - Vie des lois et des règlements » In *Répertoire du droit civil*, Dalloz, juillet 2015 (actualisation mai 2020).

LATRAVERSE Sophie, « Réflexions sur l'action de groupe en matière de discrimination en emploi et le rôle du défenseur des droits », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 43-52.

LATRAVERSE Sophie, « La lutte contre la discrimination au travail par le Défenseur des droits », *Dr.soc.*, 2020, p. 88.

LAUFER Jacqueline, « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1 (N° 21), p. 29.

LAUFER Romain, MULLER-LAGARDE Yvonne, « Le management face au judiciaire. Un nouveau domaine d'enseignement et de recherche », *Revue française de gestion*, vol. 269, no. 8, 2017, p. 11.

LAULOM Sylvaine, « From Decentralisation of collective bargaining to de-collectivisation of industrial relations systems », In *Collective bargaining developments in times of crisis*, Sylvaine Laulom (dir.), Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer, 2018, p. 15-28.

LAULOM Sylvaine, LHERNOULD Jean-Philippe, « Quelle Europe sociale nous prépare le socle des droits sociaux ? », *RDT*, 2017, p. 455.

LAULOM Sylvaine, SCIARRA Silvana, « Quel cadre juridique pour les accords transnationaux d'entreprise ? », In *À droit ouvert : mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon Caen*, Paris, Dalloz, 2018, p. 517-532.

LE FLANCHEC Alice, ROJOT Jacques, « La médiation dans les relations du travail », *Négociations*, 2009/2, n°12, p. 155.

LE GALLOU Cécile, « La notion d'éthique », In *L'entreprise face à l'éthique du profit*, Georges Virassamy (dir.), Paris, L'Harmattan, 2008, p. 9-20.

LEGRAS François, « Discrimination syndicale : pourquoi ne pas oser l'action de groupe ? », *BJT*, avril 2021, n°115d3, p. 48.

LEROY Yann, « À propos de quelques accords collectifs relatifs à l'emploi des seniors... », *RDT*, 2010, p. 34.

LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011/3 (n°79), p. 715.

LEVANNIER-GOÛEL Odile, « Fallait-il consacrer l'action de groupe en droit du travail ? », *SSL*, n°1741, 24 octobre 2016.

LÉVY Camille, « L'IA dans les RH : une standardisation qui pose problème » In *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Patrice Adam, Martine Le Friant, Yasmine Tarasewicz (dirs.), Paris, Dalloz, 2020, p. 15-30.

LIFF S., DICKENS L., « Ethics and equality : reconciling false dilemmas » In *Ethical Issues in Contemporary Human Resource Management*, E.Winstanley et J.Woodall (eds.), Basingstoke, Macmillan, 2000, p. 82-101.

LOISEAU Grégoire, « La conventionnalisation du droit du travail. Regards croisés sur la liberté contractuelle et sur la liberté conventionnelle », In *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 205-220.

LOKIEC Pascal, « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », *Dr.soc.*, 2017, p. 5.

LOWN Judy, « Père plutôt que maître...le paternalisme à l'usine dans l'industrie de la soie à Halstead au XIXe siècle », *Le mouvement social*, n°144, juillet-septembre 1988, p. 51.

LYON-CAEN Antoine, « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT*, n°1, 2006, p. 16.

MACINTYRE Alasdair, « Pourquoi les problèmes de l'éthique des affaires sont-ils insolubles ? », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, p. 31-46.

MAGNIER Véronique Magnier, « Le lanceur d'alerte-actionnaire ou mandataire social, un acteur « stratégique » de la gouvernance des sociétés », *D.*, 2020, p. 1307.

MANIN Philippe, « La place de la diversité dans les traités sur l'Union Européenne », In *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier : La France, l'Europe et le Monde*, Paris, Pedone, 2008, p. 395-408.

MARCHESNAY Michel, « L'Economie et la Gestion sont-elles des sciences ? », *Économie rurale*, n°283-284, 2004, p. 85.

MARTINON Arnaud, « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *Dr. soc.*, 2011, p. 613.

MATAIS Philippe, VALETTE Élodie, « La directive actions représentatives : un nouvel élan pour les actions de groupe ? », *D. act.*, 16 déc. 2020.

MAUGER Gérard, « Issus de la diversité », *Savoir/Agir*, 2009/1, n°7, p. 103.

MAURIN Lucien, « Le droit souple et la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p. 517.

MAZUYER Emmanuelle, « Soft Law », In *Dictionnaire critique de la RSE*, Nicolas Postel, Richard Sobel (ed.), Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 419-423.

MEIERS Thibault, « Le nouveau dispositif en faveur de l'insertion durable des seniors dans l'emploi : enjeux et perspectives », *RTD*, 2009, p. 651.

MEHREZ Florence, « L'index égalité professionnelle ne devrait modifier qu'à la marge le contentieux égalité femmes hommes », *actuEL RH*, 21 nov. 2019.

MEHREZ Florence, « L'index égalité professionnelle est aussi un indicateur pour la marque employeur », *actuEL RH*, 24 oct. 2019.

MERCAT-BRUNS Marie, « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine », In *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Frédéric Guiomard, Sophie Robin-Olivier (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 63-72.

MERCAT-BRUNS Marie, « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672.

MERCAT-BRUNS Marie, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RDT*, 2015, p. 8.

MERCAT-BRUNS Marie, « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *Dr. soc.*, 2017, p. 361.

MERCAT-BRUNS Marie, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non- discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018.

MERCAT-BRUNS Marie, « Multiple discrimination and intersectionality: issues of equality and liberty », *International Social Science Journal*, Volume 67, Issue 223-224, 5 september 2018, p. 48.

MICHÉA Frédérique, « État des lieux de la négociation collective européenne au niveau interprofessionnel. Entre construction et menaces systémiques », *La Revue de l'IRES*, 2018/3-1/2019 (n°96-97), p. 39.

MICHAUD Cécile, « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S*, n°46, 13 nov. 2012, p. 1481.

MILLIKEN Frances J., MARTINS Luis L., « Searching for common threads: Understanding the multiple effects of diversity in organizational groups », *Academy of Management Review*, 2006, 21(2), p. 402.

MINCKE Christophe, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1998/1 (Volume 40), p. 115.

MINÉ Michel, « Mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », *RDT*, 2013, p. 109.

MISONNE Delphine, « La normalisation technique », In *Les sources du droit revisitées, Volume 1 : normes internationales et constitutionnelles*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 495-512.

MOIZARD Nicolas, « La négociation sur l'égalité professionnelle et sur la lutte contre les discriminations de la loi « Rebsamen » du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi », *RDT*, 2015, p. 616.

MOIZARD Nicolas, « La neutralité des salariés dans l'entreprise. Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, article 2 », *RDT*, 2016, p. 817.

MOIZARD Nicolas, « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *RDT*, 2017, p. 267.

MOIZARD Nicolas, « Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux », *Droit social*, 2020, p. 320.

MOLE Ariane, « Les nouvelles obligations sous l'égide du RGPD », *SSL*, n°1840, 10 décembre 2018.

MOREAU Marie-Ange, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.*, 1991, p. 53.

MORICE Alain, « Travail atypique, travail salarié et paternalisme : retour sur 25 ans de recherche », *TRAVAIL, capital et société*, 37, 2004, p. 186.

MOULY Jean, « À quelles conditions la violation d'un accord collectif peut-elle constituer le délit d'entrave ? », *Dr.soc.* 2012, p. 1067.

MOULY Jean, « L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte. La perspective des Cours européennes », *Dr. soc.*, 2018, p. 330.

MOULY Jean, « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la CJUE « traduits » en droit interne par la Cour de cassation », *D.* 2018, p. 18.

MUGNIER-RENARD Anne-Sophie, « La notion juridique de handicap », In *Les droits des personnes handicapées, Bilan et perspectives*, Anne-Sophie Mugnier-Renard (dir.), Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 19-52.

NADAL Sophie, « Conventions Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions », In *Rép. trav.*, janvier 2015 (actualisation avril 2020).

NADAL Sophie, « Le juge et le sort de l'accord collectif : permanence d'une question, renouvellement des enjeux », *Dr.soc.*, 2017, p. 123.

NADAL Sophie, « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective – Engagement de la négociation », In *Rép. trav.*, Octobre 2019 (actualisation : Février 2020).

NASOM-TISSANDIER Hélène, « Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Dr. soc.*, 2018, p. 348.

NEAU-LEDUC Christine Neau-Leduc, « Les accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2008, p. 75.

NIVIÈRE Delphine, « Négocier une statistique européenne : le cas de la pauvreté », *Genèses* 2005/1 (n°58), p. 28.

NOIRIEL Gérard, « Du « patronage » au « paternalisme » : la restructuration des formes de domination de la main-d'œuvre ouvrière dans l'industrie métallurgique française », *Le mouvement social*, n°144, juillet-septembre 1988, p. 17.

OKORO Ephraim A., WASHINGTON Melvin C., « Workforce Diversity And Organizational Communication: Analysis Of Human Capital Performance And Productivity », *Journal of Diversity Management*, 2012 Volume 7, Number 1, p. 57.

OPPENHEIMER David B., « Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale...à sa manière », In *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Frédéric Guiomard, Sophie Robin-Olivier (dirs.), Paris, Dalloz, 2009, p. 89-98.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, « L'intérêt collectif des syndicats, au-delà de l'intérêt pour agir ? », *JS Lamy*, n°500, 19 juin 2020.

PEETERS Anne, « Labels sociaux », *L'Année sociale*, 2001, p. 337.

PELLETIER Caroline, « Le juge civil et l'efficacité de l'acte normatif », in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, sous la direction de Petra HAMMJE, Laetitia JANICOT et Sophie NADAL, Paris, Lextenso éditions/LEJEP, 2013, p. 165-173.

PEREIRA Brigitte, « Chartes et Codes de conduite : le paradoxe éthique », *La revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion*, 2008/2, n°230, p. 25.

PÉRÈS Cécile, « Rapport introductif », In *L'efficacité économique en droit*, Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier, Cécile Pérès (dirs.), Ed. ECONOMICA, Paris, 2010, p. 1-22.

PERETTI Jean-Marie, « Politique de diversité et performance de l'organisation », *Entreprise éthique* n°34, avril 2012, p. 19.

PERETTI Jean-Marie, ROCH Bruce, « Regards croisés sur les diversités », In *Encyclopédie des diversités*, Jean-Marie Peretti, EMS Management & société, Cormelles-le-Royal, 2012, p. 19-24.

PEROT Michelle, « Le regard de l'Autre : les patrons français vus par les ouvriers (1880-1914) », In *Le Patronat de la seconde industrialisation*, Maurice LÉVY-LEBOYER (dir.), Paris, Éditions ouvrières, 1979, p. 294.

PESCHAUD Henri, « Le droit de substitution et les garanties des salariés », *Dr. ouvr.*, nov. 2000, p. 478.

PETIT Franck, « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. soc.*, 2004, p. 62.

PETIT Franck, « Actualité de l'action syndicale en matière prud'homale », *JCP S*, n°34, 30 août 2016, p. 1291.

PETIT Franck, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.*, 2016, p. 903.

PETIT Franck, « Les (derniers) remèdes à la représentation déséquilibrée entre les femmes et les hommes au sein du comité social économique », *Dr. soc.*, 2020, p. 244.

PETIT Yves, « La reconnaissance de la diversité en droit de l'Union européenne », In *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Philippe Icard, Juliette Olivier Leprince (dirs), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 19-39.

PEYRONNET Marie, « Absence de prescription des discriminations continuant à produire leurs effets », *D. act.*, 28 avril 2021.

PEYRONNET Marie, « L'action de groupe « discrimination » a déjà atteint ses limites », *D. act.*, 11 janv. 2021.

PEYRONNET Marie, « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? », In *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Patrice Adam, Martine Le Friant, Yasmine Tarasewicz (dirs.), Paris, Dalloz, 2020, p. 139-162.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Premières vues sur l'action de groupe européenne », *BRDA* 2/21, 15 janvier 2021.

POCHET Philippe, « Le dialogue social européen à la croisée des chemins », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2003/4 (Tome XLII), p. 45.

PORTA Jérôme, « Algorithme et risques discriminatoires », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 61-78.

PORTA Jérôme, « Égalité, discrimination, et égalité de traitement-à propos des sens d'égalité dans le droit de la non-discrimination (1^e partie) », *RDT* 2011. p. 290.

PORTA Jérôme, « Égalité, discrimination, et égalité de traitement-à propos des sens d'égalité dans le droit de la non-discrimination (2^e partie) », *RDT* 2011, p. 354.

PORTMANN Anne, « Treize Mesures Pour Lutter Contre Les Discriminations Au Travail », *D. act.*, 20 mai 2015.

PRIETO Leon. C., PHIPPS Simone T. A., OSIRI John K., « Linking Workplace Diversity To Organizational Performance: A Conceptual Framework », *Journal of Diversity Management*, 2009, Volume 4, Number 4, p. 13.

SAVATIER Jean, « La liberté dans le travail », *Droit social*, 1990, p. 49.

PRIMON Jean Luc, SIMON Patrick, « Mesurer le racisme ? L'apport des enquêtes quantitatives à la sociologie du racisme », *Sociologie et sociétés*, vol. 50, n°2, p. 175.

RADÉ Christophe, « Variations autour de la justification des atteintes au principe « à travail égal, salaire égal » », *Dr. soc.*, 2009, p. 399.

RANGEON François, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, Paris, PUF, 1989, p. 126-149.

RÉGINE (Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe), « Droit et genre », *D.*, p. 863.

REHFELDT Udo, « Stagnation des accords d'entreprise internationaux et recul des accords européens », *Chronique internationale de l'IRES*, juin 2021, n°174.

RICHARD Orlando C., « Racial diversity, business strategy, and firm performance: A resource based view », *Academy of Management Journal*, 2000, 43(2), p. 164.

RIVÉRO Jean, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, Dalloz 1965.

ROBERT-DEMONTROND Philippe, JOYEAU Anne, « La performance des politiques de diversité en question : une étude des représentations des acteurs », *Management & Avenir* 2010/1 (n°31), p. 71.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « Prendre au sérieux le contrôle de proportionnalité en matière de discrimination religieuse », *Bulletin Joly Travail*, n°04, avril 2021, p. 59.

ROCHFELD Judith, « L'encadrement des décisions prises par algorithme », In *Intelligence artificielle*, Stéphane Prévost, Erwan Royer (Éd.), Paris, Dalloz, 2019, p. 11-18.

ROMIEN Pierre, « À l'origine de la réinsertion professionnelle des personnes handicapées : la prise en charge des invalides de guerre », *Revue française des affaires sociales*, n°2, 2005, p. 229.

ROSEBERRY Lynn, « Multiple discrimination », In *Age discrimination and diversity : Multiple discrimination from an age perspective*, Malcolm Sargeant (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 16-40.

ROSÉ Jean-Jacques, « Devoir de vigilance : accomplissement dialectique de la RSE », in Sophie Schiller (dir.) *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 13-26.

ROUSSEAU Stéphane, « Quelques observations sur l'action collective au regard de la théorie économique », In *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*, Colloque du 26 mars 2015, Aristide Levi (coordonnateur), Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 21-29.

ROUSSEL Florian, « La contractualisation des accords collectifs dans la fonction publique. Une avancée historique mais prudente », *AJDA*, 2021, p. 1013.

ROZEZ Sophie, « Les acteurs spécialement habilités à agir pour la défense d'un intérêt collectif », In *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Ismael Omarjee, Laurence Sinopoli (dirs), Paris, CEJEC, Dalloz, 2014, p. 143-165.

SABBAGH Daniel, « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004/4 (n°111), p. 5.

SABBAGH Daniel, « L'itinéraire contemporain de la « diversité » aux États-Unis : de l'instrumentalisation à l'institutionnalisation ? », *Raisons politiques*, Presses de Sc. Po., vol. n°35, 2009/3, p. 31.

SAFI Mirna, SIMON Patrick, « Les discriminations ethniques et raciales dans l'enquête *Trajectoires et Origines* : représentations, expériences subjectives et situations vécues », *Économie et Statistiques*, N°464-465-466, 2013, p. 245.

SAINCY Bernard, « Responsabilité et négociation sociales à l'ère de la mondialisation », *Dr. soc.*, 2008, p. 80.

SANTORO Guillaume, « Réflexions sur l'efficacité du droit de la négociation collective sur l'égalité hommes-femmes », *Dr. soc.*, 2016, p. 49.

SANTORO Guillaume, « La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel : de nouvelles exigences pour l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *RDT*, 2019, p. 190.

SARGEANT Malcolm, « Ageism and age discrimination », In *Age discrimination and diversity : Multiple discrimination from an age perspective*, Malcolm Sargeant (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 1-15.

SAURET Alain, « Conventions de branche : des variations de périmètres entre ordre conventionnel et régulation de la concurrence », *JCP S*, n°6, 13 février 2018, 1055.

SAVATIER Jean, « La liberté dans le travail », *Droit social*, 1990, p. 49.

SCHIBERRAS Jean-Christophe, « Comment renforcer le dialogue social en France ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 224.

SCHMITT Mélanie, « Droit du travail de l'Union Européenne », In *Rép. trav.*, janvier 2011 (actualisation avril 2017).

SCHMITT Mélanie, « Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne », *Dr.ouvr.*, juillet 2019, n°852, p. 438.

SEN Amartya Sen, « L'éthique des affaires a-t-elle un sens d'un point de vue économique ? », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, p. 47-66.

SENTIS Théo, « Algorithmes et préjugés quels enjeux éthiques pour la justice prédictive ? », In *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Marie Mercat-Bruns (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 83-92.

SERENO Sophie, « Focus sur les discriminations par algorithme », *RDT*, 2020, p. 680.

SIMON Denys, « Directive », In *Répertoire de droit européen*, janvier 2018 (actualisation mars 2021).

SOLOMON Robert C. Solomon, « Approche aristotélicienne de l'éthique des affaires », In *Éthique des affaires ; marché, règle et responsabilité*, Alain Anquetil (dir.), Paris, Vrin, p. 197-242.

SUDRE Frédéric, SURREL Hélène, « Droits de l'homme », In *Rép. internat.*, juillet 2017 (actualisation 2020).

SUPIOT Alain, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.

SUPIOT Alain, « Revisiter les droits de l'action collective », *Dr. soc.*, 2001, p. 687.

SWEENEY Morgan, « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT* 2012, p. 87.

TCHEN Vincent, « Fasc. 1440 : contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *JurisClasseur Administratif*, n°42 (date de la dernière mise à jour : 8 Juillet 2018).

TESTARD Christophe, « Le droit souple, une « petite » source canalisée », *AJDA*, 2019, p. 934.

TEYSSIÉ Bernard, « Les accords collectifs européens d'entreprise ou de groupe », *JCP S*, n°13, 2 avril 2019, 1096.

THARAUD Delphine, « Lanceur d'alerte », In *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Delphine Tharaud et Caroline Boyer-Capekke (dir.), Paris, L'Harmattan, 2021, p. 236.

THIBIERGE Catherine, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ* 2003 p. 599.

TIBERGHIE Frédéric, « Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi », *AJDA*, 2019, p. 702.

TOUCHELAY Béatrice, « L'INSEE, histoire d'une institution » In *L'ère du chiffre : Systèmes statistiques et traditions nationales*, Jean-Guy Prévost, Jean-Pierre Beaud, Presses de l'Université du Québec, Québec, p. 153-188.

TRENERRY Brigid, PARADIES Yin, « Organizational Assessment: An Overlooked Approach To Managing Diversity And Addressing Racism In The Workplace », *Journal of Diversity Management*, 2012, Volume 7, Number 1, p. 11.

TROUILLY Pascal, « Saisine du Défenseur des droits », In *Droit et pratique des voies d'exécution*, Serge Guinchard, Tony Moussa (Dir.), Paris, Dalloz, 2018, §1620.00-1622.35.

TULKENS François Tulkens, VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour Européenne des droits de l'homme », In *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Pierre Bauthier, Eric Balate, Louis Van Bunn et al., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 507-526.

TURGIS Sandrine, « L'accès au droit par internet. Les obligations posées par la convention européenne des droits de l'homme en matière de diffusion du droit », *AJDA*, 2015, p. 142.

WATSON Warren E., KUMAR Kamallesh, MICHAELSON Larry K., « Cultural diversity's impact on interaction process and performance: Comparing homogeneous and diverse task groups », *Academy of Management Journal*, 1993, 36(3), p. 590.

- WEBBER Sheila, DONAHUE Lisa, « Impact of highly and less job-related diversity on work group cohesion and performance: a meta-analysis », *Journal of Management*, 2001, 27(2), p. 141.
- WILMANN Christophe, « Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *Dr. soc.*, 2007, p. 936.
- WILMANN Christophe, « Esclavage-Travail forcé-Traite des êtres humains », In *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2006 (actualisation janvier 2017).
- WOLMARK Cyril, « La neutralité du salarié », *RDT*, 2018, p. 726.
- VANNESTE Frédéric, « Le soft law du droit international des droits de l'homme, dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne » In *Les sources du droit revisitées, Volume 1 : normes internationales et constitutionnelles*, Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et al. (Dir.), Bruxelles-Université Saint-Louis, Anthemis, 2012, p. 101-125.
- VÉRICEL Marc, « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur », *Dr. soc.*, 2000, p. 1059.
- VIGNEAU Christophe, « Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTD Eur.*, 2002, p. 653.
- VIGNEAU Laurence, HUMPHREYS Michael, MOON Jeremy, « How do firms comply with international standards ? Processes and consequences of adopting the global reporting initiative », *J Bus Ethics* (2015), 131, p. 469.
- VOTINIUS Julén, « Older employees, extended working lives, and collective bargaining », In *Collective bargaining developments in times of crisis*, Sylvaine Laulom (dir.), Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer, 2018, p. 231-247.
- XENIDIS Raphaële, « Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law: Towards Redressing Complex Inequality? », In *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Uladzislau Belavusau and Kristin Henrard (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 41-74.
- ZANNAD Hédia, Pete Stone, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *Management & Avenir*, 2010/8 (n°38), p. 157.
- ZANNAD Hédia, « Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion », *Humanisme et Entreprise?* 2009/5 (n°295), p. 29.

V – Notes et Observations

ACTUEL RH, « La campagne nationale de testing révèle des discriminations à l'embauche sans toutefois mettre en cause les recruteurs », *actuEL RH*, 7 févr. 2020.

ACTUEL RH, « Discriminations à l'embauche : les grandes entreprises ne sont pas épargnées », *actuEL RH*, 9 janvier 2020.

ACTUEL RH, « Négociation sur l'égalité professionnelle : le juge se montre exigeant sur la qualité de l'information donnée aux syndicats » (Sur l'arrêt Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 2, 23 mai 2019, n° 18/24253), *actuEL RH*, 6 juin 2019.

BAILLY Pierre, « Que reste-t-il du principe d'égalité de traitement ? (Cass. soc., 30 mai 2018, n°16-16.484 P + B, Cass. soc., 30 mai 2018, n°17-12.782 P + B) », *Sem.Soc. Lamy*, n°1822, 2 juillet 2018.

BERTHOU Katell, « Sur les discriminations positives (CJCE 28 mars 2000, *Badeck*, *AJDA* 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *D.* 2000. 120) », *Dr. soc.*, 2000, p. 901.

BERTHOU Katell, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 févr. 2010 », *RDT*, 2010. 635.

CASTEL Delphine, « Laïcité-Port du voile-Le client n'est pas toujours roi (Soc. 14 avr. 2021, n°19-24.079) », *Juris associations*, 2021, n°642, p. 12.

CASTELL Anne-Lise, « Négociation sur l'égalité professionnelle : agir en justice en cas d'information incomplète (Sur l'arrêt Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 2, 23 mai 2019, n° 18/24253) », *Actu. Représentation du personnel*, Éd. Tissot, 25 juillet 2019.

CGT, « Mise en place de médiateurs destinés à agir préventivement à propos de harcèlements, note de la Direction confédérale CGT », *Dr. Ouvr.*, juin 2002, p. 309.

CHARPENTIER Louis, « L'arrêt *Kalanke*, expression du discours dualiste de l'égalité », *RTD eur.* 1996, p. 81.

COLLET-ASKRI Laurence, « La Chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal... à propos de l'arrêt du 11 juin 2002 (Ch. Crim 11 juin 2002, n°01-85.559) », *Recueil Dalloz* 2003, p. 1309.

CORRIGNAN-CARSIN Danielle, « Principe d'égalité et différence de traitement entre catégories professionnelles. Note sous Cass. soc., 8 juin 2011, n°10-14.725, FS P+B+R+I », *JCP G*, 2011, 934.

CORTOT Julien, « Quand le contrat de travail limite l'action en justice du syndicat. Soc. 12 juill. 2017, FS-P+B, n°16-10.460 », *D. act.*, 7 septembre 2017.

COUËDEL Clément, « La représentation équilibrée des femmes et des hommes ne s'applique pas aux candidatures libres du second tour. Soc. 25 nov. 2020, FS-P+B+I, n°19-60.222 », *D. act.*, 23 décembre 2020.

COUËDEL Clément, « Différences de traitement négociées en cas de fondement discriminatoire. Soc. 9 déc. 2020, FS-P+B, n°19-17.092 », *D. act.*, 7 janvier 2021.

DE MONTECLER Marie-Christine, « Injonction de faire connaître l'abrogation d'un acte de droit souple. Arrêt rendu par Conseil d'Etat, 1^{re} et 4^e chambres réunies 04-12-2019, n°416798 », *D. act.*, 12 déc. 2019.

DECHRISTÉ Caroline, « Harcèlement moral, mauvaise foi du salarié et fixation des termes du litige. Soc. 16 sept. 2020, FS-P+B, n°18-26.696 », *D. act.*, 15 octobre 2020.

DELPECH Xavier, « Faux départ pour l'action de groupe « discrimination ». TJ Paris, 15 déc. 2020, n°18/04058 », *Juris associations*, 2021, n°633, p. 10.

DEVOUÈZE Nelly, « De l'importance de la bonne foi du lanceur d'alerte. CEDH 21 juin 2016, Soares c. Portugal, req. n°79972/12 », *D. act.*, 5 juillet 2016.

DEUMIER Pascale Deumier, « Quand le droit souple rencontre le juge dur. CE, ass., 21 mars 2016, n°368082, *Société Fairvesta International GMBH* et n°390023, *Société NC Numericable* », *RTD civ.*, 2016, p. 571.

DE MONTECLER Marie-Christine, « Le droit souple entre dans le prétoire. CE 21 mars 2016, req. nos 368082, 368083 et 368084, CE 21 mars 2016, req. n°390023 », *D. act.*, 23 mars 2016.

DOCKÈS Emmanuel, « Liberté, laïcité, *Baby Loup* : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Dr. soc.*, 2013, p. 388.

DUCOULOMBIER Peggy, « Tenue correcte exigée. Observations sous l'arrêt CEDH, gr. ch, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c/ France* », *RTD eur.* 2015, p. 95.

DUMONT François, « Clause pénale et accord collectif : identification et appréciation (Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-26.975 à n°15-26.983, n°15-26.985 à n°15-26.990 et n°15-26.992 à n°15-27.008, M. A. et a. c/ SAS Whirlpool France) », *JCP S* 2017, p. 1143.

FERRÉ Nathalie, « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique, À propos du jugement rendu par le conseil de prud'hommes le 17 décembre 2019 », *RDT*, 2020, p. 178.

FROSSARD Serge, « La sanction pénale de la violation d'obligations conventionnelles. Crim. 5 mars 2013, n°11-83.984, Bull. crim. n°59 », *RDT*, 2014, p. 54.

INES Bertrand, « Extension d'une convention collective et compétence du juge administratif. CE 7 mai 2015, req. n°375882 », *D. act.*, 9 juin 2015.

IZARD Sabine, « La Caisse d'Épargne accusée de discrimination envers les femmes », *SSL*, 11 juin 2019, n°1865.

KLEIN Julie, « Affaire *Baby Loup* : impact de l'avis du Comité de l'ONU », *D.* 2019, p. 120.

LA SEMAINE JURIDIQUE SOCIAL, « Réforme - Le président de la République expose ses projets », *JCP S* n°3, 15 janvier 2008, act. 29.

LAGARDE Franck, « Nullité du licenciement d'un salarié "lanceur d'alerte" (CA de Pau, ch.soc., 28 janvier 2021, n°19/03322) », *JS*, 2021, n°218, p. 8.

LALANNE Fanny, « Port du voile et licenciement : un nouvel arrêt de la Cour de cassation (Soc. 14 avr. 2021, n°19-24.079) », *JSL*, 15 avril 2021.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Les femmes occupant le même emploi que les hommes doivent être payées comme eux à défaut de différence objective dans la valeur du travail accompli. Arrêt rendu par Cour de cassation, soc. 12-02-1997 n°95-41.694 », *D.* 1998, p. 259.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « L'égalité entre hommes et femmes dans le régime spécial de retraite des fonctionnaires. CJCE 29 novembre 2001, Aff. C-366/99, *Griesmar c/ ministre de l'Économie, ministre de la Fonction publique* et CJCE 13 décembre 2001, Aff. C-206/00, *Mouflin c/ recteur de l'académie de Reims* », *Dr. soc.* 2002, p. 178.

LAVRIC Sabrina, « CV anonyme : poursuite de l'expérimentation, Rép. min. n°29584, JOAN Q 16 juin 2009 », *D. act.*, 25 juin 2009.

LEVANNIER-GOÛEL Odile, « L'action en défense de l'intérêt collectif de la profession au service de l'inégalité de traitement. TGI Paris, 20 févr. 2018, n°16/07530 », *Sem.Soc. Lamy*, n°1807, 19 mars 2018.

LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN, « LNA Santé s'engage sur la QVT et l'égalité pour mettre la « bienveillance » au cœur de sa culture », *Liaisons sociales Quotidien - L'actualité*, N° 17259, 6 février 2017.

LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN, « La CGT lance une action de groupe contre les inégalités F/H à la Caisse d'Épargne », *actuEL CE*, 5 juin 2019.

LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN, « Négociation sur l'égalité professionnelle : l'importance d'informer les syndicats » (Sur l'arrêt Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 2, 23 mai 2019, n° 18/24253), *Liaisons sociales quotidien*, 5 juin 2019.

LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN, « 4 questions à Me Savine Bernard sur l'action de groupe contre la discrimination des femmes », *Liaisons sociales quotidien*, n°17831, 7 juin 2019.

LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN, « Caisse d'épargne une première action de groupe pour discrimination arrive devant la justice », *Liaisons sociales quotidien*, n°18160, 13 octobre 2020.

LOISEAU Grégoire, « Limites à l'action syndicale de substitution (Cass. soc., 11 sept. 2012, n°11-22.014, FS-P+B) », *JCP S*, n°49, 4 décembre 2012, p. 1521.

LOISEAU Grégoire, « Le libertarisme du Défenseur des droits (Déf. droits, déc.-cadre 2019-205, 2 oct. 2019, relative aux discriminations dans l'emploi fondées sur l'apparence physique) », *BJT*, 2019, n°11, p. 12.

LOISEAU Grégoire, « La robe et le foulard. La liberté n'est pas une île. CA Douai, 9 juill. 2020, n°19/05808 », *BJT*, sept. 2020, n°09, p. 13.

LYON-CAEN Antoine, « De l'égalité de traitement en matière salariale : à propos de l'arrêt Ponsolle. Cass. soc. 29 octobre 1996 », *Dr. soc.*, 1996, p. 1013.

LYON-CAEN Antoine, « Les conventions collectives de branches à l'épreuve de l'égalité des salariés. Les cadres ont-ils encore un avenir ? (Cass. soc., 8 juin 2011, n°10-14.725 P + B + R + I) », *SSL*, 2011 n°1497, p. 9.

MALFETTES Loïc, « Pas de protection pour le salarié qui dénonce de mauvaise foi une discrimination. Soc. 13 janv. 2021, F-P+B, n°19-21.138 », *D. act.*, 26 janvier 2021.

MAILLARD Sandrine, « Égalité de traitement dans les relations individuelles de travail. Soc. 10 juin 2008, FS-P+B+R, n°06-46.000 », *D. act.*, 23 juin 2008.

MELLERAY Fabrice, « Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple. Arrêt rendu par Conseil d'État, 13-07-2016, n°388150 », *AJDA*, 2016, p. 2119.

MOULY Jean, « L'affaire *Baby Loup* devant le Comité onusien des droits de l'homme : vers une révision déchirante de la jurisprudence interne ? », *D.* 2018., p. 097.

PAULIAT Hélène, « Une discrimination par association peut résulter d'une discrimination indirecte. CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-83/14, CHEZ Razpredelenie Bulgaria », *JCP A*, n°1, 11 Janvier 2016, p. 005.

PETIT Franck, « Les (derniers) remèdes à la représentation déséquilibrée entre les femmes et les hommes au sein du comité social économique (Cass. soc. 11 décembre 2019, n°s 18-26.568, 19-10.826, 18-23.513, 19-10.855, 18-19.379 et 19-12.596) », *Dr. soc.*, 2020, p. 244.

PETIT Franck, « Les éléments constitutifs de la rémunération pour l'application de l'index de l'égalité entre les femmes et les hommes (Décret n°2019-15 du 8 janvier 2019) », *Droit social*, 2020, p. 53.

PEYRONNET Marie, « Égalité de traitement au sein d'une même catégorie professionnelle. Soc. 27 janv. 2015, FS-P+B, n°13-17.622 », *D. act.*, 13 février 2015.

PEYRONNET Marie, « Liberté d'expression : licenciement impossible en l'absence d'abus. Soc. 23 sept. 2015, FS-P+B, n°14-14.021 », *D. act.*, 13 oct. 2015.

PEYRONNET Marie, « Nullité du licenciement d'un lanceur d'alerte. Soc. 30 juin 2016, FS-P+B+R+I, n°15-10.557 », *D. act.*, 8 juillet 2016.

PEYRONNET Marie, « Affaire Chibanis : évaluation du préjudice résultant de la discrimination. Paris, 31 janv. 2018 », *D. act.*, 13 février 2018.

PEYRONNET Marie, « Affaire Chibanis c/ SNCF : la discrimination fondée sur la nationalité est confirmée. Paris, 31 janv. 2018 », *D. act.*, 13 février 2018.

PEYRONNET Marie, « Discrimination systémique dans le BTP : une notion nouvelle aux effets limités. Cons. prud'h. Paris, 17 déc. 2019, n°17/10051 », *D. act.*, 8 janv. 2020.

PEYRONNET Marie, « L'action de groupe « discrimination » a déjà atteint ses limites. » TJ Paris, 15 déc. 2020, n°18/04058 », *D. act.*, 11 janv. 2021.

RADÉ Christophe, « De l'effectivité du principe « à travail égal salaire égal ». Cass. soc. 20 février 2008 », *Dr. soc.*, 2008, p. 530.

RADÉ Christophe, « Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail. (Cass. soc., 10 juin 2008, Air France, n°06-46000) », *Dr. soc.*, 2008, p. 981.

RADÉ Christophe, « L'après *Baby Loup* », *D.*, 2014, p. 1536.

RADÉ Christophe, « Pschitt au pays des discriminations. TJ Paris, 15 déc. 2020, n°18/04058 », *Dr. soc.*, 2021, p. 97.

ROYER Erwan, « Qu'est-ce qu'une personne privée chargée d'une mission de service public ? CE, sect., 22 février 2007, *APREI*, n°264541 », *D. act.*, 6 mars 2007.

SAVATIER Jean, « L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ? Cour de cassation, ch. criminelle 4 octobre 1989, D. 1990. 158 », *D. soc.* 1990, p. 154.

SCHMITT Mélanie, « La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire. CJCE 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303-06 », *Revue du droit du travail*, 2009, p. 41.

SEMAINE SOCIALE LAMY, « Égalité professionnelle : le juge peut être saisi en référé en cours de négociation » (Sur l'arrêt Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 2, 23 mai 2019, n° 18/24253), *SSL*, n°1865, 6 juin 2019.

SIRO Jean, « Cadre dirigeant : discrimination syndicale et liberté d'expression. Soc. 3 juill. 2012, FS-P+B, n°11-10.793 », *D. act.*, 27 juillet 2012.

TIBERGHIEEN Frédéric, « Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi. Arrêt rendu par la Cour de cassation, 2e civ. 08-11-2018 n°17-19.556 », *AJDA*, 2019, p. 702.

VI – Conférences, communiqués et discours

PRÉSIDENTE DE LA RÉPUBLIQUE, CHIRAC Jacques, Allocution du 11 mars 2007, retranscrit sur le site internet du journal Le Monde, https://www.lemonde.fr/societe/article/2007/03/11/l-integralite-de-l-allocution-de-jacques-chirac_881707_3224.html.

ARBORUS

- Arborus, *Build a better future based on gender equality and inclusion*, <https://arborus.org/qui-sommes-nous/>.

- Arborus, Communiqué de presse, *Lancement du premier label international pour une IA inclusive : GEEIS-AI*, 7 septembre 2020, <https://arborus.org/wp-content/uploads/2020/09/CP-Arborus-Lancement-GEEIS-IA.pdf>.

CES

- CES, *Un marché du travail plus équitable pour l'Europe : Une vision de la CES*, Résolution adoptée le 26 mars 2019, <https://www.etuc.org/fr/document/un-marche-du-travail-plus-equitable-pour-leurope-une-vision-de-la-ces-resolution>.
- CES, *Programme d'action 2019 à 2023 de la CES*, 14^e Congrès, Vienne, 21- 24 mai 2019, §152, <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-08/CES-14e%20Congrès-Action%20Programme-FR-02.pdf>.
- Résolution de la CES sur les stratégies européennes en matière d'intelligence artificielle et de données du 2 juillet 2020, <https://www.etuc.org/fr/document/resolution-de-la-ces-sur-les-strategies-europeennes-en-matiere-dintelligence-artificielle>.

CFE-CGC

- CFE-CGC, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, 5 janvier 2020, <https://www.cfecgc.org/actualites/la-lutte-contre-le-racisme-lantisemitisme-et-la-xenophobie-de-la-cncdh-2019>.
- CFE-CGC, *Le Handicap*, 15 mars 2018, <https://www.cfecgc.org/actualites/handicap>.

CFTC

- CFCTC, *Combattre l'ignorance, porter les compétences*, 22 janvier 2018, <https://www.cftc.fr/actualites/combattre-lignorance-porter-les-competences>.
- CFCTC, *Diversité en entreprise*, 28 janvier 2015, <https://www.cftc.fr/actualites/diversite-en-entreprise>.

CGT

- CGT, Communiqué de presse, *Rapport Sabeg*, 18 mai 2009, <https://www.cgt.fr/comm-de-presse/rapport-sabeg>.
- UGICT CGT, « 17 associations et syndicats créent la maison des Lanceurs d'Alerte et son fonds de Dotation », communiqué du 21 novembre 2018, <https://ugictcgt.fr/17-associations-et-syndicats-creent-la-maison-des-lanceurs-dalerte-et-son-fonds-de->

[dotation/?utm_source=sendinblue&utm_campaign=Lancement de la MLA&utm_medium=email.](#)

- Communiqué UGICT CGT, « Loi « lanceurs d’alerte » : 29 organisations lancent un appel à la société civile », 3 juin 2021, <https://ugictcgt.fr/appel-loi-lanceurs-alerte/>.
- CGT Fédération Banques et Assurances, *Accord mixité-diversité dans l’assurance : La CGT ne signe pas*, Montreuil, décembre 2020, <http://cgtbanquesassurances.fr/actualites/branches/accord-mixite-diversite-dans-lassurance-la-cgt-ne-signe-pas/>.

CHARTE DE LA DIVERSITÉ, « La Charte de la diversité dévoile ses nouvelles ambitions : retour sur le lancement, 23 octobre 2018 », <https://www.charte-diversite.com/la-charte-de-la-diversite-devoile-ses-nouvelles-ambitions-retour-sur-le-lancement/>.

CLERC François (entretien), « Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT », *SSL*, n°1190, 15 novembre 2004.

CNIL, *Le médiateur des entreprises et la CNIL s’associent pour résorber les différends dans les relations contractuelles*, 16 sept.2020, <https://www.cnil.fr/fr/le-mediateur-des-entreprises-et-la-cnil-sassocient-pour-resorber-les-differends>.

CNIS, « La mesure des discriminations dans l’emploi. Éléments de synthèse suite à la Rencontre du 22 juin 2017 », *CNIS-Chroniques* n°14, février 2018.

COMMISSION EUROPÉENNE

- Commission européenne, Communiqué de presse, *Le socle européen des droits sociaux : transformer ses principes en actions concrètes*, 4 mars 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_820.
- Commission européenne, Communiqué de presse, *La Commission enregistre l’initiative citoyenne européenne «Minority SafePack»*, Bruxelles, 29 mars 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-776_fr.htm.

COMMISSION NATIONALE FRANÇAISE POUR L’UNESCO, *Éthique et droits de l’homme dans la société de l’information : actes, synthèse et recommandations : Conférence de la région Europe*, 13 -14 septembre 2007 Strasbourg France, Paris, Commission nationale française pour l’UNESCO.

CONSEIL D'ÉTAT, « Diversité : le Conseil d'État et les juridictions administratives labellisés », 12 février 2020, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/diversite-le-conseil-d-etat-et-les-juridictions-administratives-labellises>.

CONSEIL DE L'EUROPE,

- Conseil de l'Europe, « IA et lutte contre le coronavirus Covid-19 », Aperçu réalisé par le secrétariat du Comité ad hoc sur l'intelligence artificielle (CAHAI), 2021, <https://www.coe.int/fr/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus>.
- Communiqué de presse du conseil des ministres du 3 octobre 2018 sur le Projet de loi portant suppression de surtransposition de directives européennes en droit français (EAEX1823939L).

CPME 34, « Distinctions entreprises responsables et engagées », 29 juin 2021, <https://www.cpmeherault.fr/distinctions-entreprises-responsables-et-engagees-ere34>.

DÉFENSEUR DES DROITS

- Défenseur des droits, *Protéger les lanceurs d'alerte : un défi européen*, Synthèse dans le cadre des Rencontres européennes du Défenseur des droits, Paris, 3 déc. 2019, https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=19803.
- Défenseur des droits, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Actes du colloque Paris, 2019.

FORCE OUVRIERE, HIESSE Elie, « Discrimination liée aux origines : l'emploi privé en première ligne », InFO Militante, 21 juillet 2020, <https://www.force-ouvriere.fr/discrimination-liee-aux-origines-l-emploi-prive-en-premiere>.

GARNER-MOYER Hélène, « Quelle est la place du genre dans les accords sur la diversité ? », Actes du colloque Gender and diversity, ESCP, Paris, 2009.

GROUPE CASINO, *Responsabilité sociale d'entreprise (RSE) et Déclaration de performance extra-financière (DPEF)*, document de référence 2018, <https://www.groupe-casino.fr/wp-content/uploads/2019/07/Groupe-Casino-DDR-RSE.pdf>

HAUT CONSEIL DU DIALOGUE SOCIAL

- Haut conseil du dialogue social, *Présentation de la mesure d'audience syndicale au niveau national et interprofessionnel*, 26 mai 2021.

- Haut conseil du dialogue social, *Présentation de la mesure d'audience patronale au niveau national et interprofessionnel*, 7 juillet 2021.

MEDEF

- MEDEF, *La mixité professionnelle H/F : un levier de performance, un accélérateur de modernisation*, septembre 2015, <https://www.medef.com/fr/actualites/envie-de-performance-des-dirigeants-temoignent-des-benefices-de-la-mixite-h-f>.
- MEDEF, *Focus sur la parité au sein des instances dirigeantes de gouvernance*, janvier 2021, <https://www.medef.com/uploads/media/node/0019/97/13517-focus-parite-au-sein-des-instances-de-gouvernance-et-des-instances-dirigeantes-01-2021.pdf>

MINISTÈRE DU TRAVAI, communiqué de presse, « Lutte contre les discriminations dans l'accès à l'emploi : lancement d'une nouvelle vague de testing des entreprises », 17 juin 2020, <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiques-de-presse/article/lutte-contre-les-discriminations-dans-l-acces-a-l-emploi-lancement-d-une><https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiques-de-presse/article/lutte-contre-les-discriminations-dans-l-acces-a-l-emploi-lancement-d-une>.

NATIONS UNIES, « Réduire la stigmatisation et la discrimination liées à la Covid-19 (ONUSIDA) », 8 octobre 2020, <https://news.un.org/fr/story/2020/10/1079402>.

TOUBON Jacques, « 10 ans du Label Diversité », Intervention dans le cadre de la rencontre pour les 10 ans du Label Diversité organisée par la DGEFP, la DGAFP et AFNOR certifications, 21 oct. 2019, <https://www.dailymotion.com/video/x7p2olu>.

OCDE, *International Diversity Forum*, 22 janvier 2018, Paris, <https://www.oecd.org/inclusive-growth/inequality-and-opportunity/events/international-diversity-forum-2018/Full-programme-guide.pdf>.

PARLEMENT EUROPÉEN, « Protection et soutien aux lanceurs d'alerte dans toute l'UE », Communiqué de presse du 20 novembre 2018.

PWC, Communiqué de presse, *Turnover des dirigeants d'entreprise : un nombre croissant de dirigeants remerciés pour des raisons éthiques depuis 2012*, 15 mai 2017.

SÉNAC Réjane, « L'égalité n'a pas à être « performante », Observatoire des inégalités, 6 mars 2018, https://www.inegalites.fr/L-egalite-n-a-pas-a-etre-performante?id_theme=22.

STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, press release «SFFA Files Motion for Summary Judgment Against Harvard », <https://studentsforfairadmissions.org/sffa-files-motion-for-summary-judgment-against-harvard/>.

SUD-RAIL, Communiqué de presse, « Action de groupe contre la discrimination des travailleurs handicapés dans les SNCF », <https://sudrail.fr/Action-de-groupe-contre-la-discrimination-des-Travailleurs-Handicapes-dans-les>.

TRIBUNAL DE L'UE, Communiqué de presse n°10/17, « Le Tribunal annule la décision de la Commission refusant d'enregistrer la proposition d'initiative citoyenne européenne intitulée « Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe », Luxembourg, le 3 février 2017, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170010fr.pdf>.

UNESCO, « La discrimination et la stigmatisation liées au Covid-19 : un phénomène mondial ? », 25 mai 2020, <https://fr.unesco.org/news/discrimination-stigmatisation-liees-au-covid-19-phenomene-mondial>.

Emploi public, « La diversité dans la fonction publique », <https://infos.emploipublic.fr/connaitre-la-fonction-publique/la-diversite-dans-la-fonction-publique-eet-26>.

La Maison des Lanceurs d'Alerte, « Propositions », <https://loi.mlalerte.org/propositions/>.

VII – Article de presse et médias

France Bleu,

- Mooréa Lahalle, *De plus en plus de PDG congédiés pour manquement à l'éthique*, 15 mai 2017.

FranceInfo,

- « Covid-19 : un Français sur deux estime que les discriminations ethniques ont augmenté avec la pandémie », 20 mars 2021, https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/covid-19-pour-un-francais-sur-deux-les-discriminations-ethniques-ont-augmente-avec-la-pandemie_4340665.html.
- « Coronavirus : un salarié licencié après un test PCR positif », 17 novembre 2020, https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/carriere/vie-professionnelle/sante-au-travail/coronavirus-un-salarie-licencie-apres-un-test-pcr-positif_4184817.html.

France Inter,

- CHAUDIÈRE Claire, « Discrimination à l'embauche : les résultats de la campagne de testing passée sous silence par le gouvernement », 8 janvier 2020, <https://www.franceinter.fr/economie/discrimination-a-l-embauche-les-resultats-de-la-campagne-de-testing-passee-sous-silence-par-le-gouvernement>.

Futura Sciences,

- Edward Back, « Amazon utilise des algorithmes pour licencier ses livreurs », 29 juin 2021, <https://www.futura-sciences.com/tech/actualites/technologie-amazon-utilise-algorithmes-licencier-livreurs-85740/>.

HR Voice,

- BERNARD David, « RH : quelle leçon tirer de « l'algorithme sexiste » d'Amazon ? », 26 octobre 2018, <https://www.hr-voice.com/recrutement/rh-quelle-lecon-tirer-de-lalgorithme-sexiste-damazon/2018/10/26/>.

Les Echos,

- « Le management juridique va s'imposer », publié le 29 mai 2001, mis à jour le 6 août 2019.
- « Quand le logiciel de recrutement d'Amazon discrimine les femmes », 13 octobre 2018, <https://www.lesechos.fr/industrie-services/conso-distribution/quand-le-logiciel-de-recrutement-damazon-discrimine-les-femmes-141753>.

Le Figaro,

- GOLLA Mathilde, AFP agence, « Le logiciel de recrutement d'Amazon n'aime pas les femmes », 11 octobre 2018, <https://www.lefigaro.fr/social/2018/10/11/20011-20181011ARTFIG00096-le-logiciel-de-recrutement-d-amazon-n-aimait-pas-les-femmes.php>.

L'Humanité,

- ROUCOUS Daniel, « Lanceurs d'alerte, feu vert pour une directive européenne plus protectrice », 21 novembre 2018, <https://www.humanite.fr/lanceurs-dalerte-appel-pour-une-directive-europeenne-plus-protectrice-628630>.

Le Monde,

- Tribune Collectif, « Coronavirus : il faut revaloriser les emplois et carrières à prédominances féminine », 18 avril 2020, https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/18/covid-19-il-faut-revaloriser-les-emplois-et-carrieres-a-predominance-feminine_6036994_3232.html.
- avec AFP, *Augmentation du nombre des dirigeants congédiés pour des manquements liés à l'éthique*, 15 mai 2017.
- avec l'Agence France-Presse, « SNCF : une action de groupe pour discrimination des salariés handicapés », 7 novembre 2017, https://www.lemonde.fr/entreprises/article/2017/11/07/une-action-de-groupe-lancee-contre-la-sncf-pour-discrimination-de-ses-salariees-handicapes_5211609_1656994.html.
- VAN EECKHOUT Laetitia, « Diversité : M. Sarkozy contraint de contourner l'obstacle de la Constitution », 17 décembre 2008.

Le Monde de l'éducation,

- BONNEFOY Yves, « Entretien avec Yves Bonnefoy : La poésie peut sauver le monde », *Le Monde de l'éducation*, n°273, septembre 1999, p. 16, propos recueillis par Macha Séry.

Les Numériques,

- Mathieu Chartier, « Chez Amazon, c'est l'intelligence artificielle qui décide de licencier ses livreurs », 30 juin 2021, <https://www.lesnumeriques.com/vie-du-net/chez-amazon-c-est-l-intelligence-artificielle-qui-decide-de-licencier-les-livreurs-n165795.html>.

Le Parisien avec AFP,

- « Le gouvernement crée un Index de la diversité pour les entreprises », 26 janvier 2021, <https://www.leparisien.fr/economie/business/le-gouvernement-cree-un-index-de-la-diversite-pour-les-entreprises-26-01-2021-8421395.php>

Le Point Tech & Net,

- JEAN Aurélie « Quand Amazon utilise des algorithmes pour licencier », 18 juillet 2021, https://www.lepoint.fr/high-tech-internet/aurelie-jean-quand-amazon-utilise-des-algorithmes-pour-licencier-18-07-2021-2435887_47.php.

The Guardian,

- WOOD Josh, « The wolf of racial bias: the admissions lawsuit rocking Harvard », 18 oct. 2018.

The Harvard Gazette,

- WALSH Colleen, « Attorney appears confident admissions case ruling will favor Harvard », 4 nov. 2018.

Vox,

- LOCKHART P.R., « The lawsuit against Harvard that could change affirmative action in college admissions, explained », 18 oct. 2018.

VIII – Sitographie

AFNOR CERTIFICATION

- Afnor certification, page officielle : <https://certification.afnor.org/>.
- Afnor certification, *Alliance Label Diversité / Label Égalité Professionnelle*, <https://certification.afnor.org/ressources-humaines/alliance-label-diversite-label-egalite-professionnelle>.

AFMD (Association française des managers de la diversité), www.afmd.fr.

CHARTE DE LA DIVERSITÉ, « Bilan Diversité », <https://www.charte-diversite.com/actions/bilan-diversite/>.

CNIL

- CNIL, page officielle, *Missions*, <https://www.cnil.fr/les-missions-de-la-cnil>,
- CNIL, Feuille de route stratégique 2019-2021, <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-feuille-de-route-strategique-2019-2021.pdf>.

COMMISSION EUROPÉENNE

- site officiel, <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/basic-facts>.
- Commission Européenne, *EU Platform of Diversity Charters*, <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating->

[discrimination/tackling-discrimination/diversity-management/eu-platform-diversity-charters_fr](#).

- Commission Européenne, *Diversity and inclusion charter*, 19 juillet 2017, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/diversity-inclusion-charter-2017-07-19-en.pdf>.
- Registres des groupes d'experts de la Commission, *High Level Group on Non-Discrimination, Equality and Diversity (E03328)*, <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3328&Lang=FR>.

DÉFENSEUR DES DROITS, <https://www.defenseurdesdroits.fr>.

ERIC, European Research Infrastructure Consortium, https://www.europeansocialsurvey.org/docs/about/ESS_Prospectus_French.pdf.

EU WHISTLEBLOWING MONITOR, <https://www.whistleblowingmonitor.eu>.

EU WHISTLEBLOWING PROTECTION, <https://whistleblowerprotection.eu>.

EUROSTAT

- *Vue d'ensemble*, <http://ec.europa.eu/eurostat/about/overview>.
- Eurostat et le système statistique européen, [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Eurostat and the European Statistical System/fr](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Eurostat_and_the_European_Statistical_System/fr).
- Eurostat, *Statistiques sur l'emploi*, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/fr.
- Eurostat, *Statistiques sur les marchés du travail au niveau régional*, [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Labour market statistics at regional level/fr](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Labour_market_statistics_at_regional_level/fr).
- Eurostat, *Emploi et chômage (LFS/EFT)*, <https://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/lfs>.
- Eurostat, *Statistiques sur l'emploi*, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/fr.

FRANCE STRATÉGIE, page officielle, <https://www.strategie.gouv.fr/>.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE

- Global reporting initiative, page officielle, <https://www.globalreporting.org/information/about-gri/Pages/default.aspx>.

- GRI Standards Glossary 2018, <https://www.globalreporting.org/standards/media/1913/gri-standards-glossary.pdf>.

ISBIS (International society for business and industrial statistics), <http://www.isbis-isi.org/>.

ISI (International Statistical Institute) Associations, <https://isi-web.org/index.php/portfolio>.

ISO <https://www.iso.org/fr/about-us.html>.

ISO 26000, <https://iso26000.info/>.

OIT

- OIT, *Dialogue social*, <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--fr/index.htm>.
- ILOSTAT, page officielle <https://ilostat.ilo.org>.
- ILOSTAT, *Indicateurs Clés du Marché du Travail*, http://www.ilo.org/ilostat/faces/ilostat-home?locale=fr&_afLoop=21240979048541#!%40%40%3Flocale%3Dfr%26_afLoop%3D21240979048541%26_adf.ctrl-state%3D5g1oohb70_54.

LABEL DIVERSITÉ, <http://travail-emploi.gouv.fr/emploi/developpement-de-l-emploi/label-diversite>, mise à jour 8 mars 2020.

NATIONS UNIES, DIVISION DE LA STATISTIQUE

- Division de la Statistique, <https://www.un.org/development/desa/fr/about/desa-divisions/statistics.html>.
- Division de la Statistique, *Business Statistics*, <https://unstats.un.org/unsd/business-stat/>.
- Division de la Statistique, *Demographic and Social Statistics*, <https://unstats.un.org/unsd/demographic-social/index.cshtml>.

UNION EUROPÉENNE, site officiel de l'Union Européenne, http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/motto/index_fr.htm.

SNCF, « Prévenir et lutter contre les discriminations », <https://www.sncf.com/fr/engagements/nos-valeurs/diveriste-mixite/prevenir-lutter-contre-discriminations>.

TRAJECTOIRES ET ORIGINES TeO2, <https://teo.site.ined.fr/fr/quels-resultats/publications/>.

SARBANES OXLEY ACT, *Understanding and complying with the Sarbanes Oxley Act*, <https://www.soxlaw.com>.

VIV – Table des jurisprudences, décisions, avis, résolutions

JURIDICTIONS NATIONALES

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const. 19 janvier 2018, n°2017-686 QPC; *D.* 2018. 119.

Cons. const. 23 juillet 2010, n°2010-15/23 QPC.

Cons. const. 15 novembre 2007, n°2007-557 DC.

Cons. const. 16 mars 2006, n°2006-533 DC.

Cons. const. 10 juin 2004 n°2004-496 DC.

Cons. const. 20 février 2003, n°2003-466 DC.

Cons. const. 30 mai 2000, n°2000-429 DC.

Cons. const. 21 décembre 1999, n°99-422 DC.

Cons. const. 16 décembre 1999, n°99-421 DC.

Cons. const. 25 juillet 1989, n°89-257 DC.

Cons. const. 18 novembre 1982, n°82-146 DC.

Cons. const. 10 novembre 1958, n°82-145 DC.

Ordre Judiciaire

COUR DE CASSATION

i. ASSEMBLEE PLENIERE

Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, *D.* 2014. 1386.

Cass. ass. plén., 18 mars 1988, n°84-40.083, *Bull. civ. 1988 A.P. N°3 p. 3.*

ii. CHAMBRE SOCIALE

Cass. soc. 22 septembre 2021, n°19-26.144, F+B.

Cass. soc. 9 juin 2021 n°20-15.525, Inédit.

Cass. soc. 14 avril 2021, n°19-24.079, FS-P.

Cass. soc. 31 mars 2021, n°19-22557, P.

Cass. soc. 27 janv. 2021, n°19-16.692.

Cass. soc. 13 janv. 2021, n°19-21.138, P+B : *D. act.* 26 janv. 2021, obs. Malfettes.

Cass. soc. 9 déc. 2020, FS-P+B, n°19-17.092, *D.* 2021 p. 23, *D. act* 7 janvier 2021, comm. Clément Couëdel.

Cass. soc. 25 nov. 2020, n°19-60.222 FS-P+B+I, *D. act.* 23 décembre 2020, comm. Clément Couëdel.

Cass. soc. 4 nov. 2020, n°19-12.367 P: *D. act.* 2 déc. 2020, obs. Couëdel.

Cass. soc. 9 oct. 2020, n°17-24.773 P: *D.* 2019, p. 1998; *RDT* 2019, p. 801, note Guiomard; *RJS* 12/2019, n°688; *JCP S* 2019. 1335, obs. Cailloux-Meurice.

Cass. soc. 30 sept. 2020, n°19-10.633.

Cass. soc. 16 septembre 2020, n°19-15.359.

Cass. soc. 16 sept. 2020, n°18-26.696, P+B, *D. act.* 15 octobre 2020, comm. Dechristé.

Cass. soc. 8 juill. 2020, n°19-14.605 P: *RJS* 10/2020, n°482; *JCP S* 2020. 3012,

Cass. soc., 25 mars 2020, n°18-12.467 : JurisData n°2020-004517 ; *JCP S* 2020, 1299, note G. Vachet.

Cass. soc. 11 décembre 2019, n°s 18-26.568, 19-10.826, 18-23.513, 19-10.855, 18-19.379 et 19-12.596, publiés au Bulletin.

Cass. soc. 9 oct. 2019, n°17-16.642 P: *D.* 2019; *RJS* 12/2019, n°676; *Dr. ouvrier* 2020. 158, obs. Maillard-Pinon; *JCP S* 2019. 1336, obs. Daniel.

Cass. soc. 3 juill. 2019, n°17-31.793, Cass. soc. 3 févr. 2016, n°14-18.600 P: *D.* 2016, p. 383; *RDT* 2016, p. 433, obs. Enjolras.

Cass. soc. 29 mai 2019, n°18-19.890 P: *RJS* 8-9/2019, n°502; *JCP S* 2019. 1238, obs. Bossu.

Cass. soc. 3 oct. 2018, n°17-20.802, Inédit.

Cass. soc. 28 mars 2018, n°17-13.081.

Cass. soc. 22 nov. 2017, n°13-19.855, publié au Bulletin, *D. act.* 30 nov. 2017, obs. Peyronnet ; *SSL* 2017, n°1792, p. 16, obs. Adam.

Cass. soc. 8 mars 2017, n°15-26.975 à n°15-26.983, n°15-26.985 à n°15-26.990 et n°15-26.992 à n°15-27.008, *JCP S* 2017, p. 1143.

Cass. soc. 30 juin 2016, n°15-10.557, P+B+R+I, *D. act.*, 8 juillet 2016, Peyronnet.

Cass. soc. 10 février 2016, n°14-26.304, P+B.

Cass. soc. 9 févr. 2016, n°14-18.567, *RDT* 2016, p. 491, obs. P. Adam; *RJS* 4/2016, n°262.

Cass. soc. 14 déc. 2015, n°14-17.152.

Cass. soc. 23 sept. 2015, n°14-14.021, FS-P+B.

Cass. soc. 22 septembre 2015, n°13-27.742, n°13-28.065.

Cass. soc. 11 févr. 2015, n°13-16.457, *JurisData* n°2015-002251; *JCP S* 2015, 1148, note J.-B. Cottin.

Cass. soc. 27 janv. 2015, nos 13-14.773 P, 13-22.179 P, 13-25.437 P, *D.* 2015. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; *ibid.* 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2015. 237, étude A. Fabre ; *RDT* 2015. 339, obs. E. Peskine.

Cass. soc. 27 janv. 2015, n°13-17.622, FS-P+B, *D. act.*, 13 février 2015.

Cass. soc. 19 nov. 2014, n°13-23.899, PB, *RJS* 2/2015, n°129.

Cass. soc. 22 janvier 2014, n°12-27.478, *Bull. civ.* V, n°31.

Cass. soc. 29 octobre 2013, n°12-22.447, *Bull. civ.* V., n°252 ; *D.* 2013, p. 584 ; *ibid.* 2014, p. 302, chron. P. Flores, Fanélie Ducloz, C. Sommé, E. Wurtz, S. Mariette et A. Contamine ; *Dr. soc.* 2014. 81, obs. J. Mouly.

Cass. soc. 29 mai 2013, n°12-26.457, FS-P+B, *D. act.* 24 juin 2013, obs. Fleuriot; *JCP S* 2013. 1316, obs. Pagnerre.

Cass. soc. 10 avril 2013, n°11-26986.

Cass. soc. 19 mars 2013, n°12-11.690, *AJDA* 2013. 597.

Cass. soc. 19 mars 2013, n°11-28.845, arrêt n°536 FS-P+B+R+I, *M^{me} X. c/ Association Baby Loup*, publié au Bulletin ; *D.* 2013. 777.

Cass. soc. 12 févr. 2013, n°11-27.689, P+B.

Cass. soc. 19 déc. 2012, *D. act.* 18 janv. 2013, obs. Peyronnet; *D.* 2013. Actu. 92; *D.* 2013. Pan. 1026, obs. Porta; *Dr. ouvrier* 2013. 287, obs. Mazardo et Riandey; *JSL* 2013, n°338-2.

Cass. soc. 21 nov. 2012, n°11-15.037, *JCP S* 2013, 1094, note Th. Lahalle.

Cass. soc. 3 juil. 2012, n°11-10.793, FS-P+B.

Cass. soc. 9 mai 2012, n°11-13.687 : *JurisData* n°2012-009413 ; *JCP S* 2012, 1416, note F. Bousez ; *RJS* 2012, n°633.

Cass. soc. 28 mars 2012, n°11-12.043, 11-30.034, 11-11.307 et 10-28.670, *D.* 2012. 1013 ; *Dr. soc.* 2012.746, obs. Ch. Radé.

Cass. soc. 11 janv. 2012, n°10-28.213, Bull. civ. V, n°12 ; *Dr. soc.* 2012. 346.

Cass. soc. 15 déc. 2011, n°10-15.873, *RDT* 2012. 291, obs. J. Bouton.

Cass. soc. 3 nov. 2011, n°10-20765.

Cass. soc. 8 juin 2011, n°10-14.725, FS P+B+R+I, *Dr. soc.* 2011. 986, obs. Ch. Radé ; *D. act.*, 29 juin 2011, obs. L. Perrin ; *JS Lamy*, 2011, n°303-2, obs. J.-Ph. Lhernould.

Cass. soc. 2 mars 2011 n°10-13.547 : *RJS* 5/11 n°434.

Cass. soc. 3 nov. 2010, n°09-42.360.

Cass. soc. 26 oct. 2010, n°09-42.740, *D. act.*, 16 nov. 2010, obs. B. Ines ; *D.* 2010. 2652, et les obs. ; *RDT* 2010. 719, obs. A. Fabre ; *JS* 2015, n°159, p. 48, chron. N. Bourzat.

Cass. soc. 7 avr. 2010, *JCP S* 2010. 1218, note G. Loiseau.

Cass. soc. 8 décembre 2009 n°08-17.191, P+B+R+I ; *RJS* 2 /10, n°145.

Cass. soc. 1^{er} juill. 2009, *Pain*, n°07-42.675, *D.* 2010. 342, obs. F. Khodri ; *D.* 2012. 901, obs. J. Porta ; *JCP S* 2009. 1451, note E. Jeanssen ; *JCP E* 2009. 2198, note Th. Aubert-Monpeyssen.

Cass. soc. 10 mars 2009: *RDT* 2009. 453, note Adam; *ibid.* 376, obs. Lardy-Pélissier; *Dr. ouvrier* 2009. 456, obs. Rennes; *JCP S* 2009. 1225, obs. Leborgne-Ingelaere; *JSL* 2009, n°254-2.

Cass. soc. 24 sept. 2008, n°06-45.579, 06-45.747, 06-43.504, *D.* 2008. AJ2423, obs. Perrin, *RDT* 2008, p. 744, obs. Pignarre, *JCP S* 2008, p. 1537, avis Allix, note Leborgne-Ingelaere, *Dr. ouvrier* 2008. 545, note Adam; *Dr. soc.* 2009. 57, note Savatier.

Cass. soc. 24 juin 2008, n°07-11.411 ; *JCP S* 2008, 1634, note B. Gauriau.

Cass. soc. 10 juin 2008, Air France, n°06-46000, *Bull.civ.* V, n°130.

Cass. soc. 18 mars 2008, n°07-41.813, P.

Cass. soc. 20 février 2008, n°06-40.085, *D.* 2008, p. 790, n°05-45.601, *D.* 2008, p. 696.

Cass. soc. 20 févr. 2008 (deux arrêts), *Dr. soc.* 2008. 530 s., obs. Ch. Rad; *JCP S* 2008. 1305, note D. Everaert-Dumont.

Cass. soc. 12 févr. 2008, n°06-45.397 P: *RJS* 2008. 298, n°374.

Cass. soc. 3 mai 2007, n°05-12.340, *GADT*, n°34, *RDT* 2007, p. 536, obs. G. Borenfreund, *JSL* 2007, n°218-4.

Cass. soc. 22 mars 2007, n°05-45163, NP.

Cass. soc. 14 mars 2007, n°06-41.647, *Bull. civ.* V, n°51, *D.* 2007. 1081; *Dr. soc.*, 2007. 1153, note M. Véricel ; *RDT*, 2007. 401, obs. E. Andreo ; *JCP S*, 2007. 1943, obs. Vatinet.

Cass. soc. 7 nov. 2006, n°0441390, *Bull.civ.* n°330.

Cass. soc. 20 septembre 2006 n°04-10.765 : *RJS* 12/06 n°1300.

Cass. soc. 12 juill. 2006, n°04-47.550, *RDT* 2007. 48, obs. Tissandier.

Cass. soc. 28 mars 2006, *RDT* 2006, p. 116, obs. Leclerc; *RJS* 2006, p. 479, n°690.

Cass. soc. 21 juin 2005, *Dr. soc.* 2005. 1047 s. obs. Ch. Radé - Soc., 1er déc. 2005, *JCP G* 2006. II. 10017, note D. Corrignan-Carsin ; *JCP S* 2006. 1071, note J.-F. Cesaro.

Cass. soc. 9 avr. 2002, n°99-45.963 P: *RJS* 2002. 637, n°816.

Cass. soc. 15 janv. 2002, n°00-41.117 : *JurisData* n°2002-012526 ; *TPS* 2002, comm. 81.

Cass. soc. 12 juin 2001, Eurodisney, n°00-14.435, *Bull.civ.* V, n°221 ; *D.* 2001, p. 240 ; *D.* 2002, p. 361, note H. Nasom-Tissandier et P.Rémy ; *ibid*, p. 503, note J.M. Verdier ; *Dr. soc.* 2001, p. 1019, obs. P.H. Antonmattéi ; *RJS* 2001, p. 715, n°1045.

Cass. soc. 2 mai 2001, n°98-45.532, *Bull. civ.* V, n°112 ; *Dr. soc.* 2001. 1003, obs. B. Gauriau.

Cass. soc. 14 févr. 2001, n°98-46.149 P: *D.* 2001. Somm. 2172, obs. Géniaut; *RJS* 2001. 342, n°479; *Dr. soc.* 2001. 572, obs. Miné; *Dr. ouvrier* 2001. 174, n°632.

Cass. soc. 1er févr. 2000, n°98-46.201 P+B, *Bull. civ.* 2000, V, n°53 ; *JCP G* 2001, II, 10451, note E. Jeuland.

Cass. soc. 1^{er} févr. 2000, n°98-41.624 P: *D.* 2000, p. 65, *RJS*, 2000, 275, n°381.

Cass. soc. 24 juin 1998, n°96-60.352 ; *RJS* 1998. 640, n°1012.

Cass. soc. 6 mai 1998, n°96-41.712, *Bull. civ. V*, n°234 ; *Dr. soc.* 1998. 731, obs. Couturier.

Cass. soc. 28 janv. 1998, n°95-45.220, *D.* 1998, p. 75.

Cass. soc. 22 janv. 1998, n°95-45.400 P, *Bull.civ. n°29*, *Dr. soc.* 1998. 375, obs. G. Couturier.

Cass. soc. 10 déc. 1997, n°95-42.661 P, *RJS* 1998, p. 47, n°62.

Cass. soc. 18 mars 1997 n°93-43.989 : *RJS* 10/97 n°1106.

Cass. soc. 19 févr. 1997, n°94-45.286, *Bull. civ. V*, n°70 ; *D.* 1997. 75 ; *Dr. soc.* 1997. 432, obs. G. Couturier.

Cass. soc. 8 janv. 1997 ; *GADT*, 4e éd., n°165 ; *D.* 1997. IR 35.

Cass. soc. 7 janv. 1997, n°93-45.664, *Dr. soc.* 1997. 325, obs. Couturier.

Cass. soc. 13 nov. 1996, n°94-13.187, *Société générale*.

Cass. soc. 29 octobre 1996, *Ponsolle*, *Bull.civ. V*, n°356, *GADT*, n°68, p. 253.

Cass. soc. 9 juill. 1996, *Bull. civ. V*, n°276 ; *D.* 1996, IR p. 196.

Cass. soc. 29 mars 1995, n°91-44.562 P : *D.* 1996. 127, note Pignarre.

Cass. soc. 7 oct. 1992, n°8945283 P, *JCP* 1993. II.22148, note Corrigan-Carsin ; *Dr. soc.* 1992.917.

Cass. soc. 22 janv. 1992, n°88-42.240, *D.* 1992, p. 44 ; *ibid.* p. 378, note B. Mathieu ; *RJS* 3/92, n°280.

Cass. soc. 30 juin 1993, *Som. dr. du travail* 1993, n°146, p. 2332.

Cass. soc. 20 juin 1990, n°88-12.516, *Bull. civ. V*, n°308.

Cass. soc. 4 avr. 1990, n°86-42.626, *Bull.civ. V*, n°161, *GADT*, n°176, *Dr. soc.* 1990. 803, note J. Savatier.

Cass. soc. 20 oct. 1988, n°85-45.164, *Bull. civ. V*, n°548.

Cass. soc. 28 avril 1988, n°87-41.804.

Cass. soc. 2 juin 1983, *Bull.civ. V*, n°305.

Cass. soc. 31 mars 1981, n°79-41.106, *Dr.ouvr.* 1982, p. 106.

Cass. soc. 24 avr. 1975, n°74-40.509, *Bull. civ. V*, n°209.

Cass. soc. 3 novembre 1972, *Bull.civ.* V, n°595.

Cass. soc. 8 déc. 1965, n°64-40.386, SA Soutif c/Bossière, *Bull.civ.*, IV, n°894, p. 761, *Dr. soc.* n°12, déc. 1966, pp. 629-636, note Hebraud, *D.* 1966, somm. comm., p. 48.

iii. CHAMBRE CRIMINELLE

Cass. crim. 9 avril 2019, n°1880.921, *D.* 2019, p. 1527, obs. Duquesne.

Cass. crim. 13 déc. 2016, n°15-8260.

Cass. crim. 5 mars 2013, n°11-83.984 P, *Bull. crim.* n°59, *D. act.* 3 avril 2013, obs. Ines ; *JCP S* 2013, p. 1197, obs. Duquesne.

Cass. crim. 19 juin 2012, n°11-84.884, F+P+B, *D.* 2012, p. 2029.

Cass. crim. 23 juin 2009, n°07-85.109, *RJS* 2009. 717, n°819; *JSL* 2009, n°263-4.

Cass. crim. 20 janv. 2009, n°08-83.710, P: *AJ pén.* 2009. 180, obs. Lasserre Capdeville.

Cass. crim. 23 févr. 2005, n°04-83792, *Dr.soc.* 2005, p. 588, note François Duquesne.

Cass. crim. 11 juin 2002, n°01-85.559, *D.* 2003, p. 1309.

Cass. crim. 18 nov. 1997, n°96-80.002.

Cass. crim. 4 avr. 1991, n°89-83.204, *RSC* 1991. 783, obs. A. Lyon-Caen, *Bull. crim.*, n°164.

Cass. crim. 4 avr. 1991, n°^{os} 89-85.536 et 88-84.270, *RSC* 1991. 783, obs. A. Lyon-Caen.

Cass. crim. 3 oct. 1990, n°88-82.005.

Cass. crim. 26 juin 1990, n°8884251, *Bull.crim.* n°261, *RJS* 1990.458, n°673; *CBS* 1990.219.

Cass. crim. 4 octobre 1989, *D.* 1990. 158, obs. A. Lyon-Caen; *ibid.* 166, obs. A. Lyon-Caen ; *RSC* 1990. 361, obs. A. Lyon-Caen ; *ibid.* 363, obs. A. Lyon-Caen.

Cass. crim. 14 févr. 1978, *Plessis*, *Dr. soc.* 1979, p. 172, note J. Pradel ; *D.* 1978. IR 384, obs. J. Pélissier.

Cass. crim. 22 février 1977, *Berliet*, *Bull. crim.* n°80.

iv. CHAMBRE CIVILE

Cass. 2^e civ., 8 novembre 2018, n°17-19.556, *AJDA* 2019. 702, obs.Frédéric Tiberghien.

COUR D'APPEL

- CA de Pau, ch. soc., 28 janvier 2021, n°19/03322, *JS*, 2021, n°218, p. 8, obs. Lagarde.
- CA de Douai, 9 juillet 2020, n°19/05808, *BJT* sept. 2020, n°09, p. 13, obs. Loiseau.
- CA de Paris, Pôle 6, Chambre 2, 23 mai 2019, n° 18/24253.
- CA de Paris, pôle 6, ch.03, 5 février 2019, n°16/03047.
- CA de Pau, ch. soc., 31 janvier 2019, n°16/00727.
- CA de Paris, pôle 06, ch.11, 5 juin 2018, n°15/10871.
- CA de Paris, 31 janv. 2018, n°15/11389, *D. act.* 13 février 2018, obs. Peyronnet.
- CA de Douai, ch. soc., 31 mai 2017, n° 15/03105.
- CA de Montpellier, 4ème ch. soc., Section B, 8 février 2017, n° 13/06863.
- CA de Versailles, ch.11, 26 janvier 2017, n°14/05470.
- CA Paris, pôle 6, ch.8, 12 sept. 2016, n°15/10146.
- CA de Paris, pôle 6, ch.11, 6 mai 2016, n°13/05595.
- CA Rennes, ch. des Prud'hommes, 2 octobre 2015 n°13/07958.
- CA de Paris, 29 sept. 2015, n°13/03196.
- CA d'Angers, 31 mars 2015, n°13/01949.
- CA de Douai, ch. sociale, 31 mai 2013, n°12/03486.
- CA d'Orléans, ch. sociale, ch.des Prud'hommes, 8 avril 2014, n°255/14.
- CA de Grenoble, ch. sociale, 4 octobre 2012, n°10/05134.
- CA de Toulouse, ch. 04 sect.01, ch. sociale, 27 juin 2012, n°10/06071.
- CA de Versailles, 6ème ch., 8 novembre 2011, n° 10/04554.
- CA de Paris, 5 mai 2010, n°08/08694.
- CA de Toulouse, 4° ch., 2° sect., 19 févr. 2010, *Airbus Opération SAS c. Froul Louzai*, RG n°08/06630.
- CA de Paris, pôle 06 ch. 08, 3 décembre 2009, n°07/04887.
- CA de Bordeaux, 13 mars 2008, 06/03223.

CA de Paris, 21 février 1997, référé, psa c/ Hennequin et autres/.

JURIDICTIONS DE PREMIÈRE INSTANCE

TJ Paris, 15 déc. 2020, n°18/04058, *D. act.* 11 janvier 2021, obs. Peyronnet.

Cons. prud'h. Paris, 17 déc.2019, n°17/100051.

TGI Paris, 20 févr. 2018, n°16/07530.

TGI de Nanterre, Ordonnance du 30 mai 2018, n°18/00552.

TCI de Rennes, 12 sept. 2014, n°532013001022HM.

TGI Lyon, 4 septembre 2012, n°11/05300, *SSL*, 10 septembre 2012, n°1550, p. 15.

TGI Libourne 15 septembre 2005 n°05-143, Comité d'établissement BSN Glasspack, Syndicat CGT du personnel de BSN Glasspack c/ SAS BSN Glasspack ; *RJS* 1/06 n°4.

TGI de Versailles, 4^{ème} ch., 14 juin 2004, CCE Schindler et FTM CGT contre Schindler SA, obs Meyer, *Dr. ouvr.* 2004, p. 473.

Ordre administratif

CONSEIL D'ÉTAT

CE 19 juin 2020, n°430810, *AJDA* 2020. 1263.

CE 3 juin 2020, n°421615 B: *AJDA* 2020. 1588; *RJS* 8-9/2020, n°402.

CE 4 déc.2019, n°415550, Recueil Lebon.

CE 4 déc. 2019, n°416798.

CE 16 octobre 2019, n°433069.

CE 20 mars 2017, n°391226 : *JurisData* n°2017-005214, *Dr. Soc.* 2017.571, obs. Mouly ; *RJS* 6/2017, n°450 ; *JCP S* 2017. 1172, obs. Kerbourc'h.

CE 10 novembre 2016, n°384691.

CE 13 juillet 2016, n°388150, Recueil Lebon, *AJDA*, 2016, p. 2119., obs. Melleray.

CE 21 mars 2016, req. n°368082, 368083 et 368084, *Fairvesta*.

CE 21 mars 2016, req. n°390023, *Numericable*, *D. act.*, 23 mars 2016, obs. de Montecler.

CE 7 mai 2015, req. N°375882, *D. act.*, 9 juin 2015, Ines.

CE 1^{er} octobre 2013, req. n°363288.

CE 7 août 2008, n°304466, inédit au recueil Lebon.

CE 22 février 2007, APREI, n°26454.

CE 11 juin 1999, n°195706, Chicard, *Dr.soc.* 2000, p. 1059.

CE 4 juillet 1975, req. n°94099.

CE 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, Rec. p. 977, GAJA, 22^{ème} éd., n°16, concl. J. Romieu ; S. 1907, 3, p. 23, concl. J. Romieu ; *RDP* 1907, p. 25, note G. Jèze.

Cour administrative d'appel

Cour administrative d'appel de Paris, 3^{ème} ch., 1^{er} déc. 2020, n°19PA02123.

Tribunal administratif

TA Paris, 15 mars 2018, n°1711380/5-2, *AJDA* 2018. 1594.

TA Grenoble, 26 mars 2018, n°1600360.

JURIDICTIONS EUROPEENNES ET INTERNATIONALES

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 9 février 2017, *Berisha c. Suisse*, req. n°4723/13.

CEDH, 30 juin 2016, *Duceau c/ France*, req. n°29151/11.

CEDH, 21 juin 2016, *Soares c/ Portugal*, req. n°79972/12.

CEDH, 26 nov. 2015, *Ebrahimian c/ France*, req. n°64846/11, *D.* 2015.

CEDH, 1er juillet 2014, *SAS c. France*, req. n°43835/11.

CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume Uni*, req. n°48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

CEDH, 17 juillet 2012, *M.D et al. c/ Malte*, req. n°64791/10.

CEDH, gr. ch., 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, req. n°38433/09.

CEDH, 21 avril 2011, *Heinisch c/Allemagne*, req. n°28274/08.

CEDH, 19 février 2009, *Martchenko c/ Ukraine*, req. n°4063/04.

CEDH, gr. ch., 8 Juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, req. n°10226/03.

CEDH, 12 février 2008, *Guja c/ Moldova*, req. n°14277/04, ; *JCP* 2008. I. 167, n°18, obs. Sudre; *RTDH* 2009. 227, obs. Junod; *AJDA* 2008. 978, obs. Flauss.

CEDH, gr. ch., 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n°57325/00.

CEDH, 21 nov. 2006, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n°34503/97, *D.* 2007. 410, obs. Renucci ; *JCP* 2007. II. 10038, note Marguenaud et Mouly ; *JCP S* 2006, n°51, 2012, note Cavallini.

CEDH, 2 novembre 2006, req. n°71498/01.

CEDH, gr. ch., 26 avr. 2006, *İzzettin Doğan et autres c. Turquie*, req. n°62649/10.

CEDH, gr. ch., 12 avr. 2006, *Stec e.a. c/ Royaume-Uni*, req. n°65731/01 et n°65900/01, § 51.

CEDH, 11 avril 2006, *Mólka c/ Pologne*, req. n°56550/00.

CEDH, gr. ch., 16 Mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n°58278/00.

CEDH, 7 février 2006, *D.H. et autres c. République tchèque*, req. n°57325/00.

CEDH, 24 janv. 2006, *Kurtulmus c Turquie*, req. n°65500/01.

CEDH, 2e section, 13 déc. 2005, *Timichev c. Russie*, req. n°55762/00 et 55974/00.

CEDH, gr. ch., 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, req. n°43577/98 et 43579/98.

CEDH, 11 janvier 2005, *Phull c. France*, req. n°35753/03.

CEDH, 20 décembre 2004, *Makaratzis c.Grèce*, req. n°50385/99.

CEDH, 18 nov. 2004, *Prokopovich c/ Russie*, req. n°58255/00.

CEDH, 15 févr. 2001, *Dahlab c/ Suisse*, req. n°42393/98, *AJDA* 2001. 480.

CEDH, 6 avr. 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n°34369/97, *RTD civ.* 2000. 434, chron. Marguénaud, CEDH 2000 IV.

CEDH, 6 juillet 1999, *Millan i Tornes c/ Andorre*, req. n°35052/97.

CEDH, gr. ch., 29 avr. 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, req. n°25088/94.

CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c/ France*, req. n°15917/89.

CEDH, 23 févr. 1995, *Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, req. n°15375/89

CEDH, 21 févr. 1990, *Van der Leer c/ Pays-Bas*, req. n°11509/85.

CEDH, 13 mai 1980, *Artico c/Italie*, req. n°6694/74.

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/Irlande*, req. n°6289/73.

CEDH, 23 juil. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n°1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64.

Commission européenne des Droits de l'Homme

Commission européenne des Droits de l'Homme, 12 juillet 1978, *X. c. Royaume-Uni*, n°7992/77, décision de la DR 14, p. 234.

Comité européen des Droits sociaux

Comité EDS, 3 juin 2008, *MDAC c/ Bulgarie*, réclamation 41/2007.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (OU DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES)

CJUE, 25 février 2021, *Wabe*, n°C-804/18, et *MH Muller Handel*, aff. C-341/19.

CJUE, 4^{ème} ch., 13 décembre 2018, *France Télévisions SA contre Playmédia et Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)*, aff. C-298/17.

CJUE, 1^{ère} ch., 15 oct. 2018, aff. C-457/17.

CJUE, 14 mars 2017, *G4S*, aff. C-157/15.

CJUE, 14 mars 2017, *Micropole*, aff. C-188/15.

CJUE, 14 mars 2017, *Bouagnaoui*, aff. C-188/15.; *D. act.*, 20 mars 2017, obs. M. Peyronnet ; *Lexbase hebdo*, éd. soc., n°692, 23 mars 2017, obs. Ch. Radé ; *AJDA*, 2017, p. 551 ; *ibid.*, p. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; *D.*, 2017, p. 947, note J. Mouly ; *Dr. soc.*, 2017, p. 450, étude Y. Pagnerre ; *RDT*, 2017, p. 422, obs. P. Adam ; *Constitutions*, 2017, p. 249, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *RTD eur.*, 2017, p. 229, étude S. Robin-Olivier ; *Rev. UE*, 2017, p. 342, étude G. Gonzalez.

CJUE, 24 nov. 2016, *David L Parris v Trinity College Dublin and Others*, aff. C-443/15.

CJUE, 16 juill. 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, aff. C-83/14, *JCPA* p. 005, com. Hélène Pauliat.

CJUE, 17 juill. 2014, *Leone [Épx] c/Garde des Sceaux, ministre de la justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales*, aff. C-173/13, *AJDA* 2014, p. 1519.

CJUE, 2^{ème} ch., 11 avril 2013, *HK Danmark, agissant pour Jette Ring contre Dansk almennyttigt Boligselskab*, aff. C-335/11 et *HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S*, aff. C-337/11.

CJUE, 2^{ème} ch., 6 déc. 2012, *Johann Odar v Baxter*, aff. C-152/11.

CJUE, 19 avr. 2012, *Meister*, aff. n°C-415/10 ; *D.* 2012, p. 1132, *RDT* 2012, p. 497, obs. Moizard.

CJUE, 2^{ème} ch., 18 nov. 2011, aff. jointes C-250/09 et C-268/09.

CJUE, 4^{ème} ch., 20 oct. 2011, *Waltraud Brachner v Pensionsversicherungsanstalt*, aff. C-123/10.

CJUE, 20 oct. 2011, *Brachner*, aff. C-123/10, *Rev. UE* 2013. 313, chron. E. Sabatakakis.

CJUE, gr. ch., 13 sept. 2011, aff. C-447/09.

CJUE, 2^e ch., 8 sept. 2011, aff. jointes C-297/10 et C-298/10.

CJUE, 2^e ch., 21 juil. 2011, *Gerhart Fuchs et Peter Köhler*, aff. jointes C-159/10 et C-160/10.

CJUE, 2^e ch., 18 nov. 2010, *Vasil Ivanov Georgiev v Tehniceski universitet – Sofia, filial Plovdiv*, aff. jointes C-250/09 et C-268/09.

CJUE, gr. ch., 12 oct. 2010, *Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH.*, aff. C-45/09 EU:C:2010:601.

CJUE, gr. ch., 12 oct. 2010, aff. C-45/09.

CJUE, gr. ch., 12 oct. 2010, aff. C-499/08.

CJUE, gr. ch., 19 janv. 2010, *Seda Küçükdeveci v Swedex*, aff. C-555/07.

CJUE, gr.ch., 12 janv. 2010, *Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen*, aff. C-341/08.

CJUE, gr. ch., 12 janv. 2010, aff. C-229/08.

CJCE, 17 juill. 2008, *Coleman c/ Attridge Law*, aff. C-303/06, *Rec. CJCE* 2008, I, p. 5603; *JCP S* 2008, 1549 ; *AJDA* 2008, p. 2330.

CJUE, gr. ch., 16 oct. 2007, *Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Services SA*, aff. C-411/05, EU:C:2007:604.

CJCE, 11 juill. 2006, *Sonia Chacon Navas c/Eurest Colectividades SA*, aff. C-13/05, Rec. CJCE, p. I-6467.

CJCE, gr.ch., 22 nov.2005, *Mangold*, aff. C-144/04, EU:C:2005:709.

CJCE, 30 sept. 2004, *Brihèche*, aff. C-319/03, Rec. CJCE, p. I-8807.

CJCE, 23 oct. 2003, *Becke*, aff. C-5/02.

CJCE,19 mars 2002, *Lommers*, aff. C-476/99, Rec. CJCE, p. I-2891.

CJCE, 29 nov. 2001, *Griesmar*, aff. C-366/99, *D.* 2002, p. 134, *AJDA* 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *ibid.* 2002. 326, chron. C. Lambert, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni ; *D.* 2002. 134, et les obs. ; *AJFP* 2002. 4, et les obs., note P. Boutelet ; *ibid.* 11, note A. Fitte-Duval ; *RDSS* 2002. 375, obs. F. Muller.

CJCE, 28 mars 2000, *Badeck*, aff. C-158/97, *AJDA* 2000. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *D.* 2000. 120.

CJCE 9 févr. 1999, *Seymour-Smith*, aff. C-167/97, *AJDA* 1999. 798, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *D.* 2000. 182, note M.-C. Escande-Varniol.

CJCE, 11 nov. 1997, *Marschall*, aff. C-409/95, Rec. p. I-6363, n. *D.* 1998. 211.

CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/Luxembourg*, aff. C-473/93.

CJCE, 17 oct. 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93, Rec. p. I-3051.

CJCE, 27 oct. 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, *D.* 1994, Somm. p. 301, obs. M.-T. Lanquetin.

CJCE, 13 déc. 1989, *Grimaldi*, aff. C-322/88.

CJCE,13 juill. 1989, *Rinner-Kühn*, aff. 171/88.

CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84.

CJCE, 25 oct. 1978, *Koninklijke Scholten-Honig c/ Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, aff. 125/77, Rec. 1991.

CJCE, 25 oct. 1978, *Royal ScholtenHonig c/ Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. jointes 103 et 145/77, Rec. 2037.

CJCE, 19 oct. 1977, *Rückdeschel c/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen*, aff. jointes 117/76 et 16/77, Rec. 1753.

CJCE, 19 oct. 1977, *Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson c/ Office interprofessionnel des céréales*, aff. jointes 124/76 et 20/77, Rec. 1795.

CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62.

Tribunal de l'UE/ Tribunal de première instance de la CE

CJUE, arrêt du Tribunal de l'UE, 24 octobre 2019, *European Federation of Public Service Unions (EPSU) et Jan Goudriaan contre Commission européenne*, aff. T-310 /18.

CJUE, arrêt du Tribunal de l'UE, 3 février 2017, *Minority SafePack one million signatures for diversity in Europe/Commission*, aff. T-646/13, (2017/C 086/31).

TPICE 17 juin 1998, *UEAPME*, aff. T-135/96, Rec. II. 2335.

JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES

Cour Suprême et juridictions inférieures des États-Unis

Students for Fair Admissions v. Harvard, 397 F.Supp. 3d 126 (2019).

Fisher v. University of Texas, 570 U.S. (2013) et *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. (2016).

Ricci v. DeStefano, 557 U.S. 557 (2009).

Grutter v. Bollinger, n°02-241 (2003).

Moore v. Hughes Helicopters Inc, 708 F.2d 475 (1982).

Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

DeGraffenreid v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIV., ETC., 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976).

Payne v. Travenol Laboratories, Inc., 416 F. Supp. 248 (N.D. Miss. 1976).

Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

Cour suprême du Royaume Uni

Mandla v Dowell Lee [1983] AC 548, 56 D-F.

AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

CNIL

Délibération n°2019-139 du 18 juillet 2019 portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles.

Délibération de la formation restreinte n°SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X, *Dalloz IP/IT* 2019.165, obs. E. Netter.

Délibération n°2017-191 du 22 juin 2017 portant modification de la délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004), *JORF* n°0172 du 25 juillet 2017.

Délibération n°2016-030 du 11 février 2016 modifiant la délibération n°2013-093 du 11 avril 2013 autorisant le ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, le ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, et le ministère de la ville, de la jeunesse et des sports, à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte dédié aux discriminations.

Délibération n°2014-069 du 30 janvier 2014 autorisant la société AXA France VIE à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations.

Délibération n°2014-092 du 13 mars 2014 autorisant l'Union Économique et Sociale VEOLIA EAU-COMPAGNIE GENERALE DES EAUX à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié au traitement des cas de discrimination.

Délibération n°2013-381 du 5 décembre 2013 autorisant la société JLO Conseil à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2013-382 du 5 décembre 2013 autorisant la société JLO COM'RH à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2013-300 du 10 octobre 2013 autorisant la mairie de Grenoble à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié au traitement des cas de discrimination et de harcèlement.

Délibération n°2013-065 du 7 mars 2013 autorisant VEOLIA ENVIRONNEMENT à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte dédié à la lutte contre les discriminations.

Délibération n°2012-406 du 15 novembre 2012 autorisant l'établissement public Caisse des Dépôts et Consignations à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations.

Délibération n°2012-313 du 13 septembre 2012 autorisant la société TF1 SA à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations.

Délibération n°2012-314 du 13 septembre 2012 autorisant la société BNP PARIBAS SA à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations.

Délibération n°2012-223 du 5 juillet 2012 autorisant l'école de management de Strasbourg (EM Strasbourg) à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations.

Délibération n°2012-224 du 5 juillet 2012 autorisant la société nationale des chemins de fer français (SNCF) à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2012-153 du 2 mai 2012 autorisant la société Bouygues Bâtiment international à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité

la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations.

Délibération n°2012-154 du 2 mai 2012 autorisant l'Association de moyens D&O à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié à la lutte contre les discriminations.

Délibération n°2011-340 du 13 octobre 2011 autorisant la société BOUYGUES TELECOM à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié aux discriminations.

Délibération n°2011-187 du 23 juin 2011 autorisant la société RANDSTAD IN HOUSE (RIS) à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2011-191 du 23 juin 2011 autorisant la société JBM BUREAU MEDICAL à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2011-159 du 26 mai 2011 autorisant la société AREVA à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2011-064 du 3 mars 2011 autorisant la société RANDSTAD à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2011-065 du 3 mars 2011 autorisant la société CASINO SERVICES à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2011-405 du 15 décembre 2011 autorisant la société ROBERT HALF à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle.

Délibération n°2008-055 du 6 mars 2008 autorisant l'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) et l'institut national d'études démographiques (INED) à mettre en œuvre les traitements automatisés de données à caractère personnel nécessaires à la réalisation et à l'analyse des résultats d'une enquête statistique portant sur la diversité de la population en France dénommée « Trajectoires et origines » (TeO).

Délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d’alerte professionnelle.

Délibération n°2006-281 du 14 décembre 2006, sanctionnant la société Tyco Healthcare France.

DÉFENSEUR DES DROITS OU HALDE

Décision du Défenseur des droits, 3 juillet 2020, n°2020-117.

Avis 20-01 du Défenseur des droits du 5 février 2020.

Défenseur des droits, décision n°MLD/2015-63 du 20 mai 2015.

Défenseur des droits, décision cadre 2019-205 du 2 octobre 2019.

Décision du Défenseur des droits, 11 juin 2019, n°2019-141.

Décision du Défenseur des droits, 9 mai 2019, n°2019-077.

Défenseur des droits, Décision 2019-108 du 19 avril 2019.

Défenseur des droits, Décision 2019-108 du 19 avril 2019.

Décision du Défenseur des droits, 15 mai 2018, n°2018-004.

Décision du Défenseur des droits, 18 décembre 2018, n°2018-295.

Décision du Défenseur des droits, 14 décembre 2017, n°2017-066.

Décision du Défenseur des droits, 30 novembre 2017, n°2017-336.

Décision du Défenseur des droits, 21 juillet 2016, n°MLD-2016-188.

Défenseur des droits, décision n°MLD/2015-63 du 20 mai 2015.

Défenseur des droits, avis n°13-05 du 16 avril 2013.

Délibération de la HALDE, 21 décembre 2009, n°2009-425.

Délibération de la HALDE, 15 septembre 2008, n°2008-192.

Délibération de la HALDE, 1^{er} mars 2010, n°2010-84.

Délibération de la HALDE, 11 février 2008, n°2007-366.

X – Répertoire des accords collectifs

Les 148 accords présents dans notre recherche sont triés par niveau de négociation et par thématique. La recherche des accords nationaux a été effectuée en utilisant principalement la base de données des accords collectifs d'entreprise sur Légifrance (https://www.legifrance.gouv.fr/search/acco?tab_selection=acco&searchField=TITLE&query=diversité&page=1&init=true&dateSignature=).

Pour les accords internationaux et européens on a utilisé la base de données sur les accords d'entreprise transnationaux de la Commission européenne (<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978&langId=fr&company=&hdCountryId=9&companySize=0§orId=0&year=0&esp=0&geoScope=0&refStandard=&keyword=&disputeRes=ON&mode=advancedSearchSubmit>).

Accords nationaux

I. Accords traitant principalement de la diversité

A) Accords au niveau national et interprofessionnel

Accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006 (arrêté d'extension du 22 février 2008, arrêté d'élargissement du 14 mai 2008).

Accord national professionnel du 16 mars 2007 relatif à la non-discrimination, l'égalité de traitement et la diversité des salariés permanents des entreprises de travail temporaire.

B) Accords de branche

CADRES DES COMMERCES DE QUINCAILLERIE, Accord des cadres des commerces de quincaillerie, fournitures industrielles, fers, métaux et équipement de la maison - Avenant du 18 septembre 2008 relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances et de traitement.

COMMERCE DE DÉTAIL ET DE L'HORLOGERIE BIJOUTERIE, Accord du commerce de détail de l'horlogerie bijouterie du 13 février 2009 relatif à la diversité.

ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE, Accord professionnel du 6 juillet 2007 relatif à la non-discrimination, à l'égalité de traitement et à la diversité dans le cadre des activités de mise à l'emploi des entreprises de travail temporaire.

FLEURISTES, Accord des fleuristes, de la vente et des services des animaux familiers 8 juillet 2011 relatif à la diversité et à l'égalité des chances.

INDUSTRIES CHIMIQUES, Accord des industries chimiques du 20 juillet 2007 relatif à la diversité dans l'entreprise.

OUVRIERS DU NÉGOCE DES MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION, Accord des ouvriers du négoce des matériaux de construction d du 10 février 2009 relatif à l'égalité professionnelle et à la diversité sociale.

PERSONNEL DES ENTREPRISES CÉRAMIQUES DE France, Accord du personnel des entreprises céramiques de France du 14 janvier 2011 relatif à la diversité et l'égalité professionnelle.

PERSONNEL DES INSTITUTIONS, Accord du personnel des institutions du 19 octobre 2015 relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances.

SALARIES PERMANENTS, Accord professionnel du 16 mars 2007 relatif à la non-discrimination, à l'égalité de traitement et à la diversité des salariés permanents.

SERVICES D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT, Accord des entreprises des services d'eau et d'assainissement du 2 mars 2010 relatif à la diversité dans l'entreprise.

SOCIÉTÉS CONCESSIONNAIRES OU EXPLOITANTES D'AUTOROUTES OU D'OUVRAGES ROUTIERS, Accord des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers du 31 octobre 2014 et du 19 avril 2018 relatif à la diversité et à l'égalité des chances.

SOCIÉTÉS D'ASSISTANCE, Accord des sociétés d'assistance du 8 décembre 2010 relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes, à la mixité et à la diversité.

SOCIÉTÉS D'ASSURANCES, Accord du 13 mai 2013 (reconduction du 19 décembre 2008) relatif à la mixité et la diversité dans les sociétés d'assurances.

SOCIÉTÉS FINANCIÈRES, Accord des sociétés financières du 20 février 2008 relatif à la diversité dans l'entreprise.

C) Accords de groupe

ACCOR, Accord Accor du 11 janvier 2007 sur la diversité.

APRIONIS, Accord Aprionis du 19 janvier 2011 relatif à la Promotion de la diversité et de l'égalité des chances.

ARTELIA, Accord-cadre relatif à la non-discrimination, à la promotion des diversités et au management interculturel du groupe Artelia du 23 octobre 2019.

BANQUE POSTALE FINANCEMENT, Accord relatif à la diversité et l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes 2018-2021 de la Banque Postale Financement du 26 octobre 2018.

BANQUE POPULAIRE VAL DE FRANCE, Accord en faveur de la diversité de la Banque Populaire Val de France du 9 juin 2020.

BNP PARIBAS, Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas du 30 mai 2016.

BIGARD, Accord Bigard du 25 avril 2019 sur la Diversité et égalité des chances.

BNP PARIBAS FACTOR, Accord sur la diversité et l'inclusion au sein de BNP Paribas Factor du 23 juillet 2019.

CARREFOUR, Accord Carrefour relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise du 1^{er} juill. 2008.

CHÈQUE DEJEUNER, Accord Groupe Chèque Déjeuner du 27 janvier 2011 relatif à la lutte contre les discriminations et pour la promotion de la diversité.

GROUPAMA, Accord GROUPAMA du 25 octobre 2008 relatif à la Diversité et à l'Égalité des chances.

HSBC, Accord HSBC France du 22 juillet 2011 sur la diversité

IMA, Accord du 29 novembre 2019 relatif à la Diversité.

INVIVO, Accord INVIVO du 19 novembre 2015 sur l'Égalité professionnelle, la diversité et l'insertion des handicapés dans le Groupe.

ORACLE, Accord Oracle France SAS du 18 avril 2014, relatif à la diversité et l'ouverture de l'écosystème.

PSA, Accord PSA Peugeot Citroën du 21 mai 2015, sur la diversité et la cohésion sociale.

SAINT GOBAIN, Accord Saint Gobain du 6 septembre 2012 relatif à la diversité.

SMA, Accord sur l'égalité professionnelle, la mixité et la diversité au sein du Groupe SMA, novembre 2020.

STRASBOURG ÉLECTRICITÉ, Accord en faveur de la diversité et contre les discriminations du groupe Strasbourg Électricité Réseaux du 14 novembre 2017 (accord à durée indéterminée).

STRASBOURG ÉLECTRICITÉ, Accord en faveur de la diversité et contre les discriminations de l'électricité de Strasbourg du 23 février 2007.

TF1, Accord TF1 du 3 décembre 2015 sur la mixité des origines.

D) Accords d'entreprise/ UES/établissement

AGIR SECURITE, Accord d'entreprise Agir Sécurité du 27 novembre 2017 sur la diversité, la cohésion sociale et l'égalité des chances.

ARKEMA, Accord relatif à l'égalité professionnelle et à la diversité au sein de la société Arkema France, 31 octobre 2018.

ARMOR, Accord d'entreprise Armor du 18 janvier 2018 relatif à la diversité et à l'égalité des chances.

AVANCIAL, Accord Diversité Avancial du 16 janvier 2019.

AXA TECHNOLOGY SERVICES, Accord du 11 décembre 2007 au sein de l'UES AXA Technology Services, sur les droits sociaux fondamentaux relatifs à la diversité et à l'égalité professionnelle, avenants du 22 décembre 2011, du 26 janvier 2015 et du 18 décembre 2018.

BATIGÈRE, Accord UES Batigère du 26 juin 2015, relatif au développement de l'égalité professionnelle et de la diversité.

BOSTIK, Accord d'entreprise relatif à l'égalité professionnelle et à la Diversité de la société Bostik du 18 avril 2019.

CARL ZEISS, Accord d'entreprise relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la diversité de la société Carl Zeiss SAS du 7 août 2018 (avenant du 3 septembre 2018).

COFIROUTE, Accord d'entreprise Cofiroute du 16 octobre 2008 sur l'égalité des chances et la diversité.

ES ENERGIE STRASBOURG, Accord d'entreprise Es énergie Strasbourg du 28 juin 2010 en faveur de la diversité et contre les discriminations.

ESSILOR INTERNATIONAL, Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023 de ESSILOR INTERNATIONAL, du 23 octobre 2019.

GARANANCE, Accord collectif d'entreprise en faveur de la Diversité de l'entreprise Garance, 10 septembre 2019.

GIE BNP PARIBAS CARDIF, Accord d'entreprise sur la diversité et l'inclusion de GIE BNP PARIBAS CARDIF, 16 mars 2020.

METRO FRANCE, Accord d'entreprise Diversité et inclusion au sein de Metro France du 1^{er} octobre 2020.

MOËT ET CHANDON, Accord d'établissement Moët et Chandon / Ruinart du 20 décembre 2011 en faveur de la diversité et de l'égalité professionnelle.

NAVAL GROUP, Accord de l'UES Naval Group favorisant la diversité et relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à l'emploi des personnes en situation de Handicap du 25 janvier 2018.

SFIL, Accord d'entreprise relatif à la diversité et au bien-être au travail de la société SFIL du 6 mars 2018.

SNECMA, Accord d'entreprise Snecma du 29 juin 2006 sur la diversité et la cohésion sociale.

UGC, Accord relatif à la promotion de la diversité et l'égalité des chances de l'UES UGC du 12 juillet 2018.

VEOLIA EAU, Accord sur la diversité et la prévention de la discrimination au sein de l'UES Veolia Eau du 24 juin 2011.

VOIES NAVIGABLES DE FRANCE, Accord relatif à la diversité et l'égalité des chances à Voies Navigables de France du 2 avril 2007.

E) Organismes publics ou chargés d'une mission de service public

Niveau national

UCANSS, Accord du 28 juin 2016 relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de l'Union des Caisses Nationales de sécurité sociale (UCANSS).

UCANSS, Protocole d'accord de l'Union des caisses nationales de sécurité sociale relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances du 12 avril 2018.

ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE, Convention collective nationale des organismes de sécurité sociale, accord du 21 mars 2011 relatif à la promotion de la diversité et à l'égalité des chances.

PÔLE EMPLOI, Accord-cadre du 26 janvier 2010 portant sur le partenariat renforcé entre Pôle emploi, l'État et le Conseil National des missions locales.

PÔLE EMPLOI-FAFSEA, Convention-cadre nationale du 29 février 2012 entre Pôle emploi et Fafsea pour le placement, le développement des compétences et l'accompagnement des transitions professionnelles des demandeurs d'emploi.

UNEDIC-PÔLE EMPLOI, Convention État-Unédic-Pôle emploi du 2 avril 2009 pluriannuelle d'objectifs assignés à Pôle emploi par l'État et l'Unédic pour la période 2009-2011 (non publiée),

UNIFAF-PÔLE EMPLOI, Convention-cadre du 7 mars 2011 entre l'UNIFAF et Pôle emploi en faveur du développement des compétences et de l'accompagnement des transitions professionnelles.

Niveau de branche

INSTITUTIONS DE RETRAITE, Accord des institutions de retraite complémentaire du 19 octobre 2015, relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances.

Niveau d'entreprise

AGENCE REGIONALE DE SANTE NOUVELLE-AQUITAINE, Protocole d'accord sur la lutte contre les discriminations, la promotion de la diversité et l'égalité professionnelle de l'Agence régionale de santé Nouvelle-Aquitaine du 1^{er} novembre 2019.

CAF ALPES MARITIMES, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caisse d'Allocations Familiales des Alpes-Maritimes du 27 mars 2019 et du 1^{er} juillet 2020.

CAF HAUTE MARNE, Protocole d'accord local relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances et à l'égalité entre les femmes et les hommes de la CAF de la Haute Marne du 13 janvier 2020.

CAF TOURRAINE, protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caf Tourraine du 2 mai 2017.

CAF VAL DE MARNE, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caisse d'allocations familiales du Val de Marne de 2017.

CAMIEG, Accord d'entreprise local relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caisse d'Assurance Maladie des Industries Électriques et Gazières (CAMIEG), septembre 2017.

CARSAT AQUITAINE, Protocole d'accord d'entreprise relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la Caisse d'assurance retraite et de santé au travail d'Aquitaine, 5 juillet 2018.

CARSAT VAL DE LOIRE, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et l'égalité professionnelle hommes/femmes de la Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail Centre-Val de Loire, 23 novembre 2020.

CPAM ALPES MARITIMES, Accord sur la promotion de la diversité, de l'égalité des chances et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes de la CPAM des Alpes-Maritimes du 21 février 2020.

CPAM CREUSE, Protocole d'accord de la CPAM Creuse, relatif à la promotion de la diversité, l'égalité des chances et la conciliation vie professionnelle vie personnelle du 20 juin 2019.

CPAM DE LA CHARENTE, Accord sur la diversité et l'égalité des chances de la CPAM de la Charente, du 20 décembre 2018.

CPAM MEUSE, Protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances de la CPAM de la Meuse du 24 septembre 2020.

CPAM LILLE-DOUAI, Protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la promotion de la diversité de la Caisse primaire d'Assurance Maladie de Lille-Douai, 5 octobre 2020.

PARIS LA DEFENSE, Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, à la promotion de la diversité et à la qualité de vie au travail au sein de Paris La Défense, 2020-2022, 12 décembre 2019.

UGECAM BRETAGNE PAYS DE LA LOIRE, Accord relatif à l'égalité professionnelle, la promotion de la diversité et l'égalité des chances au sein du Groupe UGECAM Bretagne Pays de la Loire, du 14 nov. 2018.

URSSAF FRANCHE-COMTÉ, Protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, à la diversité et à l'égalité des chances de l'Urssaf Franche-Comté du 25 août 2020.

II. Accords traitant la diversité sous le prisme d'une autre thématique de négociation

Accords dont les préambules font référence à la diversité en tant qu'objectif et raison d'être de l'accord, qui ne se limitent pas à l'analyse de l'égalité professionnelle et qui traitent minimum un autre aspect de diversité.

A) Accords traitant de la diversité dans une optique Rse

CASINO, Accord groupe Casino sur la responsabilité sociale d'entreprise du 18 avril 2014.

MERCK SANTÉ, Accord d'entreprise Merck Santé du 29 janvier 2010 sur la « Responsabilité Sociale de l'Entreprise, Diversité et Emploi ».

B) Accords traitant de la diversité dans une optique GPEC

AXA France, Accord AXA France sur la gestion prévisionnelle de l'emploi, des compétences et des parcours professionnels du 17 mars 2016.

BATIGÈRE, Accord UES Batigère sur l'accord intergénérationnel et la GPEC du 30 décembre 2016.

ORANGE, Accord sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences du groupe Orange du 9 septembre 2014.

C) Accords traitant de la diversité dans une optique QVT

AGRIAL, Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail de l'UES AGRIAL du 18 février 2020.

AEROPORTS DE LA COTE D'AZUR, Accord Aéroports de la Côte d'Azur relatif à la diversité, lutte contre les discriminations, droit d'expression directe et collective des salariés et qualité de vie au travail du 24 novembre 2016 (premier avenant 17 novembre 2017).

AON FRANCE, Accord de l'UES Aon France s'engage sur la qualité de vie au travail du 1^{er} mars 2016.

ASSOCIATION DE SAUVEGARDE DE L'ENFANT YVELINES, Accord relatif à l'égalité professionnelle, à la Santé et à l'amélioration de la Qualité de Vie au travail de l'Association de Sauvegarde de l'Enfant, de l'Adolescent et de l'Adulte en Yvelines du 8 avril 2020.

BATIGÈRE, Accord relatif à la Qualité de vie au travail, à l'égalité professionnelle et à la Diversité au sein de l'UES Batigère (2019-2021) du 24 janvier 2019.

BOUYGUES SA, Accord qualité de vie de BOUYGUES SA, du 30 janvier 2020.

COFIROUTE, Accord d'entreprise relatif à la qualité de vie au travail, à la promotion de l'égalité des chances et de la diversité ainsi qu'à la prévention des risques de discrimination, Cofiroute du 24 janvier 2019.

COMPAGNIE DU PONANT, Accord collectif relatif à la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail de la société Compagnie du Ponant du 30 déc. 2019.

CREDIPAR, Accord d'entreprise relatif à l'égalité professionnelle, la diversité et la qualité de vie au travail de la société CREDIPAR du 27 juin 2018.

CRÉDIT FONCIER, Accord collectif sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la qualité de vie au travail et la prévention des risques psycho-sociaux du Crédit Foncier du 20 déc. 2019.

EAU DE SAUR, Accord relatif à l'Égalité professionnelles entre les Femmes et les Hommes, l'Égalité des chances, la Diversité, la Prévention des discriminations et la Qualité de vie au Travail au sein de l'UES Eau de SAUR, 27 février 2020.

ÉTABLISSEMENT D'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR CONSULAIRE HAUTES ÉTUDES COMMERCIALES DE PARIS, Accord à l'égalité professionnelle, à la diversité, à l'inclusion et la qualité de vie au travail au sein de l'Établissement d'Enseignement Supérieur Consulaire Hautes Études Commerciales de Paris, 22 mars 2021.

GENERALI FRANCE, Accord sur l'égalité professionnelle, la qualité de vie au travail et la promotion des valeurs de diversité et d'inclusion auprès des salariés de l'entreprise Generali France, 28 octobre 2020.

HSBC France, Accord relatif à l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail HSBC France du 8 mars 2018.

KEOLIS AUTOCARS PLANCHE, Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la diversité et la qualité de vie au travail de Keolis Autocars Planche du 11 décembre 2020.

LA FRANÇAISE DES JEUX, Accord du groupe relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la QVT et la diversité de La Française des jeux, du 5 mars 2021.

LES CARS MOREAU, Accord Egalité, Diversité, Insertion Professionnelle et Qualité de Vie au Travail, Société LES CARS MOREAU du 26 février 2019.

LNA SANTE, Accord LNA Santé deux accords conclus ensemble, un sur la QVT et un sur l'égalité professionnelle, du 13 décembre 2016 et du 25 janvier 2017, (avenant n°1 du 27 mars 2019).

MESEA, Accord relatif à la qualité de vie au travail et à la promotion de l'égalité professionnelle et de la diversité de l'entreprise MESEA, 12 décembre 2018.

MONOPRIX, Accord Monoprix sur la QVT et la promotion de la diversité 2017 (à chercher l'accord).

SD CALBERSON, Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la qualité de vie au travail de la société SD CALBERSON du 12 février 2020.

SFHE, Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, à l'emploi des travailleurs handicapés, à la qualité de vie au travail et au droit à la déconnexion de la société SFHE du 31 janvier 2020.

SMACL ASSURANCES, Accord relatif à la qualité de vie au travail et la diversité 2019-2021 de SMACL Assurances du 1^{er} janvier 2019.

SUEZ INTERNATIONAL, Accord sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail de l'UES Suez International du 22 janvier 2020.

VAL PARISIS HABITAT, Accord d'entreprise relatif à 'égalité hommes-femmes et la qualité de vie au travail de Val Parisis Habitat du 7 janvier 2020.

ZEBRA TECHNOLOGIES, Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail de Zebra Technologies France du 26 février 2020.

III. Autres thématiques

A) Niveau national

Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail.

Accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 sur l'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle.

Accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail du 26 mars 2010 (étendu par arrêté du 23 juillet 2010 portant extension d'un accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail, JORF n°0175 du 31 juillet 2010).

Accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi.

B) Accords de groupe

Accord intergénérationnel 2019-2021 du groupe Orange du 12 décembre 2018.

C) Accords d'entreprise/UES/groupe

ASSOCIATION LES PAPILLONS BLANCS, Accord d'entreprise sur l'égalité entre les femmes et les hommes de l'Association les Papillons Blancs du 19 mai 2021.

BTP CFA PROVENCE ALPES COTE D'AZUR, Accord d'entreprise relatif à la rémunération, au temps de travail, au partage de la valeur ajoutée, à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés du BTP CFA PROVENCE ALPES COTE D'AZUR, du 15 janvier 2020.

GTM BATIMENT, Accord d'entreprise de GTM Bâtiment sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 26 juin 2020.

IFP ÉNERGIES NOUVELLES, Accord d'entreprise portant sur l'égalité hommes femmes d'IFP Énergies nouvelles du 20 décembre 2018.

NEXITY PROMOTION CONSTRUCTION, Accord relatif à l'égalité et la diversité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'UES Nexity Promotion Construction du 29 octobre 2018.

PERL, Accord relatif à l'égalité et la diversité professionnelles entre les femmes et les hommes de la société PERL, 17 décembre 2019.

SICRA ILE DE FRANCE, Accord d'entreprise de SICRA Ile de France sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 7 février 2020.

SOCIÉTÉ TRANSPORT BREVET, Accord d'entreprise sur l'égalité hommes/femmes de la Société Transport Brevet SA du 10 septembre 2019.

VCF HABITAT IDF, Accord d'entreprise de VCF Habitat IDF sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 29 septembre 2020.

Accords traitant directement ou indirectement la Diversité au niveau européen et international

I. Accords internationaux- transnationaux

AUCHAN RETAIL, Groupe Auchan Retail, accord mondial de RSE du 17 mars 2017.

CARREFOUR, Groupe Carrefour, accord pour la promotion du dialogue social et de la diversité et pour le respect des droits fondamentaux au travail du 30 septembre 2015.

DANONE, Groupe Danone, accord sur la diversité du 8 juin 2007.

EDF, Groupe EDF, accord-cadre mondial sur la responsabilité sociale du 24 janvier 2005, accord-cadre mondial sur la responsabilité sociale du 19 juin 2018.

ENI, Accord-cadre mondial sur les relations professionnelles internationales et la responsabilité sociale des entreprises de l'entreprise ENI du 6 juillet 2016.

PSA, Groupe PSA Peugeot Citroën, accord-cadre mondial sur la responsabilité sociale, accord du 7 mars 2017 (accord précédent 2010 et en 2006).

RHEINMETALL, accord international relatif aux principes de responsabilité sociale du 15 octobre 2003.

RHODIA, Groupe Rhodia accord avec la Fédération internationale de la chimie, de l'énergie et des mines (ICEM) accord mondial de responsabilité sociale du 31 janvier 2005.

SOLVAY, Groupe Solvay, accord-cadre mondial de RSE du 3 février 2017, (accord précédent 17 décembre 2013).

TOTAL, Groupe Total accord mondial sur la responsabilité sociale du 22 janvier 2015.

II. Accords européens

ENGIE, Groupe ENGIE, accord européen relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 21 décembre 2017.

GENERALI, Groupe Generali accord sur l'Inclusion et la Diversité du 26 juin 2019.

SAFRAN, Groupe Safran, accord cadre européen en faveur de l'insertion professionnelle des jeunes, du 28 mars 2013, accord cadre européen en faveur de l'insertion professionnelle des jeunes du 19 septembre 2017.

SCHREIBER, Groupe Schreiber accord relatif à la diversité, l'inclusion et l'égalité sur le lieu de travail le 5 avril 2018.

SODEXO, Groupe Sodexo accord sur la diversité et l'intégration des seniors du 4 mars 2015.

TOTAL, Groupe Total accord européen sur l'égalité des chances du 1^{er} janvier 2006.

Table des matières

Remerciements.....	5
Liste des principales abréviations	7
Sommaire	11
Introduction	13
I. La diversité, une notion aux multiples définitions	13
II. Les partenaires sociaux, une force créatrice de droits et obligations	26
Partie I. Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre de la diversité au travail	37
Titre 1. L'influence des partenaires sociaux dans les racines managériales et juridiques de la diversité	39
Chapitre 1. L'intégration immédiate de la diversité dans le management : une initiative entrepreneuriale	41
Section 1. Les sciences de gestion, au cœur de la diversité	42
Paragraphe 1. La diversité : un concept managérial.....	43
A) Les sciences de gestion : régulation des « ressources humaines » et management juridique	43
B) La gestion de la diversité	46
Paragraphe 2. La motivation patronale derrière la diversité en entreprise : un débat opposant éthique et performance.....	50
A) Le modèle de l'entreprise éthique	50
1. L'origine de l'entreprise éthique : le paternalisme industriel.....	51
2. La notion d'entreprise éthique.....	54
B) Le modèle de l'entreprise néo-libérale focalisée sur la performance	58
Section 2. Le business case : partie intégrante de la diversité managériale	64
Paragraphe 1. La diversité en tant que facteur de performance : un débat continu..	65
A) La diversité en tant que facteur de productivité	66
B) La diversité en tant que facteur de réduction des « coûts des discriminations »	68
Paragraphe 2. La réalisation du <i>business case</i> de la diversité dans l'entreprise	71
A) L'importance de la temporalité et du contextualisme du caractère performant de la diversité.....	72
B) À la recherche de la diversité la plus performante.....	74
Chapitre 2. L'intégration progressive de la diversité dans le droit	78
Section 1. La diversité, en développement dans le droit dur.....	78

Paragraphe 1. Une nécessité de mise en conformité avec les incitations européennes et internationales.....	79
A) La diversité normalisée : une invention anglo-saxonne.....	79
B) La diversité promue : une initiative et un impératif européens.....	87
1. La diversité promue par le Conseil de l'Europe.....	88
2. La diversité, promue par l'Union européenne.....	94
Paragraphe 2. Une prolongation des exigences légales françaises.....	105
A) Une vision de la diversité spécifique : la diversité sous le prisme de l'idéal républicain.....	105
B) Une vision de la diversité liée aux exigences légales du droit de la non-discrimination.....	111
Section 2. Les partenaires sociaux dans les démarches RSE en matière de diversité	120
Paragraphe 1. Le rôle de partenaires sociaux dans l'essor progressif de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) en matière de diversité.....	122
A) Un lien entre les partenaires sociaux et la RSE en matière de diversité promu par les textes européens et internationaux.....	123
B) La consécration de ce lien avec le droit national au travers d'instruments RSE à l'initiative des partenaires sociaux.....	132
1. Les rapports de l'Institut Montaigne.....	133
2. La Charte de la Diversité.....	137
3. Le Label Diversité.....	141
Paragraphe 2. Les partenaires sociaux en tant que facteur de rattachement entre la RSE et le droit du travail à travers l'exemple de la diversité.....	146
A) Un effort de réglementation des instruments RSE.....	147
B) La contractualisation de la diversité : l'ANI de la « diversité dans l'entreprise » et les accords RSE-diversité.....	150
Titre 2. Le rôle des partenaires sociaux, un rôle de négociateur.....	157
Chapitre 3. La négociation collective au service de la diversité.....	159
Section 1. Acteurs et processus de la négociation collective en matière de diversité	160
Paragraphe 1. Les partenaires sociaux européens et français : les acteurs du dialogue social.....	161
A) Des rôles divers et entrecroisés entre les acteurs.....	161
B) Les organisations syndicales et la diversité : de la méfiance autour de la notion de diversité à son intégration dans les politiques antidiscriminatoires ...	172
Paragraphe 2. L'importante mise en place des instruments négociés en matière de diversité.....	179
A) Le rapport étroit entre l'accord collectif et les notions de diversité, d'égalité et de lutte contre les discriminations en entreprise.....	180

B) La négociation et la conclusion des accords collectifs « diversité » : les choix de forme des partenaires sociaux.....	188
Section 2. Objet et défis de la négociation collective en matière de diversité	192
Paragraphe 1. La raison d’être du dialogue social en matière de diversité	192
A) La négociation en matière de diversité : entre incitation et contrainte	193
B) La diversité saisie par la fonction publique : l’exemple des organismes de la sécurité sociale	204
Paragraphe 2. Les nouveaux enjeux de la négociation collective en matière de diversité	209
A) L’intelligence artificielle dans les démarches de lutte contre les discriminations	211
B) Les effets de la crise sanitaire dans les relations de travail.....	216
Chapitre 4. Le contenu de l’accord collectif en matière de diversité au travail	224
Section 1. Des accords concernant des aspects multiples de la diversité.....	224
Paragraphe 1. Les aspects de la diversité traités dans les accords diversité.....	225
A) Des aspects déjà prévus par la loi	226
1) Le genre.....	226
2) L’âge	228
3) Le handicap	230
B) Les aspects considérés comme « sensibles »	232
1) La race et l’ethnie.....	233
2) Les convictions religieuses	239
3) La diversité sociale et les critères subsidiaires.....	244
Paragraphe 2. La multiplicité des aspects de diversité traités dans les accords collectifs : une potentielle réponse aux questions de discriminations multiples et d’intersectionnalité	248
A) Les concepts de discriminations multiples et d’intersectionnalité.....	248
B) La potentielle contribution des accords collectifs de diversité au développement du débat sur l’intersectionnalité et les discriminations multiples	258
Section 2. Des mesures favorisant la promotion de la diversité.....	261
Paragraphe 1. Des mesures controversées pour la promotion de la diversité : la question de l’action positive.....	262
A) Les actions positives en matière de diversité : un débat juridique continu	265
B) Les actions positives mises en place par les partenaires sociaux.....	275
Paragraphe 2. Des mesures traditionnelles pour la promotion de la diversité	278

A) Les politiques de recrutement : des mesures de diversification du personnel par excellence	278
B) Les mesures relatives à l'évolution de la carrière	285
Partie II. Le rôle des partenaires sociaux dans l'effectivité de la diversité au travail	292
Titre 1. L'appréciation de l'effectivité juridique en matière de diversité	294
Chapitre 5. La recherche de l'effectivité des instruments en matière de diversité	296
Section 1. L'effectivité juridique sous le prisme de la normalisation classique et technique	297
Paragraphe 1. La notion d'effectivité juridique.....	298
A) Effectivité et nature de la norme	298
B) Effectivité, efficacité, efficience : la réunion des objectifs juridique et économique	302
Paragraphe 2. L'appréciation de l'effectivité juridique sous le prisme de l'internormativité.....	311
A) Le passage de la normalisation classique à la normalisation technique ...	312
B) L'effectivité juridique des normes du droit souple : un ensemble de règles à valeur juridique différée	317
Section 2. Les critères d'évaluation de l'effectivité juridique.....	323
Paragraphe 1. L'évaluation de l'effectivité de la norme : l'information et le suivi des engagements en matière de diversité	324
A) L'information sur les engagements conventionnels et non-conventionnels	324
B) Une effectivité juridique assurée par le suivi des engagements en matière de diversité	329
Paragraphe 2. L'effectivité du contrôle du non-respect de la norme	333
A) Mesurer l'effectivité juridique d'une norme juridique classique.....	334
B) L'effectivité juridique des normes dépourvues de force contraignante	336
Chapitre 6. Les éléments chiffrés au service du diagnostic et du contrôle de la diversité au travail	341
Section 1. La place des statistiques en droit du travail.....	342
Paragraphe 1. Les statistiques sur l'emploi : à la recherche d'effectivité, d'égalité et de performance	343
A) Les statistiques sur l'emploi à l'échelle internationale : la mise en avant de la performance	344
B) Les statistiques sur l'emploi à l'échelle européenne.....	349
C) Les statistiques sur l'emploi en France	353
Paragraphe 2. La collecte des données sensibles : la controverse autour des statistiques ethniques	355

A)	Un vif débat en France : des positions doctrinales divergentes	358
B)	La collecte des données sensibles : possibilités et encadrement légaux ...	363
1.	Les enquêtes publiques.....	363
2.	Le testing	365
3.	La collecte des données sensibles dans le cadre du RGPD et de la CNIL 368	
Section 2.	Les indicateurs chiffrés au service du diagnostic et du contrôle de la diversité au travail	371
Paragraphe 1.	Les indicateurs chiffrés dans l'entreprise : un outil de diagnostic ..	372
A)	L'indicateur social : outil incontournable dans les démarches diversité ..	372
B)	Le diagnostic sur la diversité à travers les indicateurs sociaux.....	376
1.	Les indicateurs légaux	377
2.	Les indicateurs adoptés dans une optique de RSE	379
Paragraphe 2.	Les indicateurs chiffrés dans l'entreprise : un outil de contrôle.....	382
A)	Les indicateurs chiffrés en tant que moyen de contrôle : l'exemple de l'Index égalité professionnelle	382
B)	« Mesurer pour progresser » ou « mesurer pour banaliser » : la recherche d'une proposition rapprochant les opinions opposées.....	389
Titre 2.	Le rôle des partenaires sociaux, un rôle de contrôle.....	397
Chapitre 7.	Le contrôle sur la mise en œuvre des mesures de la diversité par la voie juridictionnelle.....	399
Section 1.	Les conséquences du manquement aux engagements légaux et conventionnels.....	400
Paragraphe 1.	La correction d'un manquement ou du non-respect de l'accord collectif diversité devant le juge.....	401
A)	L'intervention du juge en cas de manquements conventionnels.....	402
B)	Un lien renforcé entre le contentieux en matière de diversité et le contentieux en droit antidiscriminatoire	410
Paragraphe 2.	Les modes alternatifs de règlement des litiges à la défense des engagements légaux et conventionnels	413
A)	La diversité sous le prisme du Défenseur des droits	415
B)	La diversité sous le prisme de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.....	419
Section 2.	Les conséquences du manquement aux engagements issus d'un instrument de soft law	422
Paragraphe 1.	La légitimation des instruments de droit souple par la voie juridictionnelle.....	423
A)	L'intervention du juge en matière du droit souple	424

B) Les instruments RSE et diversité dans l'argumentation judiciaire	428
Paragraphe 2. Les conséquences de la qualification juridique des instruments du droit souple	432
A) La diversité, potentielle thématique du règlement intérieur	432
B) Les plans d'actions en matière de diversité : des engagements unilatéraux de l'employeur.....	441
Chapitre 8. Le rôle des représentants des salariés dans la défense de la diversité et des victimes des inégalités.....	446
Section 1. La dénonciation des actes discriminatoires en tant que moyen de défense pour la diversité : le rôle des salariés et des partenaires sociaux	447
Paragraphe 1. Les acteurs de la dénonciation des actes discriminatoires	448
A) Les salariés lanceurs d'alerte : une protection légale permettant la dénonciation des actes discriminatoires	449
B) Les partenaires sociaux, acteurs de l'alerte : des rôles de soutien et d'action	455
1. Le rôle des organisations syndicales dans les démarches des lanceurs d'alerte.....	455
2. Le droit d'alerte : une prérogative spéciale du comité social et économique	457
Paragraphe 2. La place de la diversité dans les dispositifs d'alerte	459
A) Alerte légale, droits fondamentaux et lutte contre les discriminations	460
B) Alerte éthique et potentielle inclusion de la thématique de la diversité....	466
Section 2. L'action collective et la défense de la diversité	471
Paragraphe 1. Les actions collectives : une protection indirecte des prérogatives issues des démarches en matière de diversité.....	473
A) Des actions individuelles exercées collectivement : la faculté d'agir en justice en substitution de l'action individuelle du salarié.....	473
B) Des actions en défense des intérêts collectifs	478
1. L'action en défense de l'intérêt collectif de la profession.....	478
2. Les intérêts collectifs et la place des instances représentatives du personnel	482
Paragraphe 2. La faculté d'agir en groupe contre les discriminations	483
A) L'objet de l'action de groupe en matière de discrimination : quelle place pour la diversité ?	485
B) Le contentieux de l'action de groupe pour discrimination : résultats infructueux et perspectives pour la diversité.....	492
Conclusion générale	499
Index.....	503

BIBLIOGRAPHIE	509
I – Ouvrages généraux.....	509
II – Ouvrages spéciaux, Thèses, Essais	510
III – Rapports, Guides, Études	517
IV – Articles de doctrine et contributions à des ouvrages collectifs	527
V – Notes et Observations.....	557
VI – Conférences, communiqués et discours	562
VII – Article de presse et médias	567
VIII – Sitographie.....	570
VIV – Table des jurisprudences, décisions, avis, résolutions	573
X – Répertoire des accords collectifs	592
Table des matières	606

**Les partenaires sociaux européens et
français et la diversité au travail**

Résumé

Dépourvu de définition et de cadrage juridique, le concept de la diversité au travail se cristallise à travers les actions des partenaires sociaux. Depuis l'accord national interprofessionnel du 11 octobre 2006 sur la diversité, les accords collectifs en matière de diversité se multiplient et les instruments du droit souple (la Charte et le Label Diversité) attirent l'attention de grandes entreprises. Nous retraçons les actions des partenaires sociaux français et européens afin de définir le concept de diversité au travail et son apport. Nous constatons la corrélation entre les intentions des partenaires sociaux et la nature des mesures de diversité : politique managériale, outil du droit souple ou véritable disposition de lutte contre les discriminations, la diversité peut se manifester différemment selon les souhaits des acteurs qui la mettent en place. L'effectivité juridique de ces instruments renvoie à l'examen des possibilités de suivi et de contrôle, un rôle à nouveau confié aux partenaires sociaux. L'emploi des éléments chiffrés pour « quantifier » la réussite d'une démarche en matière de diversité demeure un sujet controversé.

Mots clés : diversité, discrimination, action positive, partenaires sociaux, négociation collective, égalité, effectivité juridique, droit du travail

Résumé en anglais

European and French social partners and diversity at the workplace

With no definition or legal framework, the concept of workplace diversity manifests through the actions of social partners. Since the national interprofessional agreement of 11 October 2006 on diversity, collective agreements on diversity have multiplied and soft law instruments (the Charter and the Diversity Label) have attracted the attention of large companies. We retrace the actions of the French and European social partners in order to define the concept of diversity at work and its contribution. There is a correlation between the intentions of the social partners and the nature of the diversity measures: managerial policy, social responsibility tool or genuine anti-discrimination provision, diversity can manifest itself differently according to the wishes of the actors who launch it. The search for the legal effectiveness of these instruments leads us to the examination of monitoring and control systems, a role entrusted to the social partners. It raises the controversial question of using statistics to measure the effectiveness of diversity instruments.

Key words : diversity, discrimination, positive action, affirmative action, social partners, collective bargaining, equality, legal effects, employment law