



Préface

Il fallait beaucoup d'audace pour entreprendre l'étude complète et systématique du droit des discriminations applicable en France. L'auteur de cette prouesse n'en est certes pas à son coup d'essai. Il nous avait déjà gratifié d'un excellent « droit du temps de travail » après que celui-ci avait perdu son unité traditionnelle pour prendre l'aspect d'une véritable mosaïque et être devenu un monument de complexité, comme on l'a parfois qualifié.

Sans doute, le présent ouvrage n'a t-il pas pour objet tout le droit des discriminations, étant limité au *droit des discriminations dans l'emploi et le travail*. Mais c'est tout comme, puisque l'emploi et le travail constituent le lieu d'élection des discriminations de toutes sortes et de toute nature, de telle manière que la réflexion ici entreprise peut être aisément et utilement étendue aux discriminations à l'œuvre dans d'autres domaines.

Comme naguère « le droit du temps de travail », le droit ici en cause des discriminations dans l'emploi et le travail, qui est d'une brûlante actualité, est à bien des égards insaisissable et d'une redoutable complexité en sorte qu'entreprendre son étude globale pouvait sembler relever de la gageure. Le sujet est, dit-on, d'une grande actualité. Pour preuve s'il en était besoin, au moment où l'on écrit ces lignes, on peut lire que le gouvernement « lance sa campagne de lutte contre les discriminations et les stéréotypes au travail » sous la forme d'affiches visibles dans l'espace public durant quinze jours et visant à déconstruire les stéréotypes ; de même qu'on peut encore lire que c'est avant l'été 2016 que France Stratégie devrait publier son étude sur le coût économique des discriminations commandée par le groupe de dialogue « discriminations au travail » mis en place par le gouvernement pour lutter contre les discriminations.

Au demeurant, si l'on peut oser cet oxymore, c'est d'une *actualité permanente* dont il s'agit, en tout cas d'une actualité qui dure depuis un peu plus d'une vingtaine d'années, c'est-à-dire depuis qu'on a pris conscience de la réalité des discriminations et de leur caractère intolérable (D. LOSCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.*, 1987 p. 778). Depuis cette prise de conscience, c'est une lutte incessante, sans fin, contre les discriminations qui est menée parce qu'elles sont inscrites (malgré nous) dans nos mentalités, dans nos habitudes, dans nos habitus et que par là même elles se renouvellent ou se perpétuent. Or, c'est intolérable parce que, par

delà la difficulté que l'on peut avoir à approcher la notion de discrimination, il est un élément premier de sa définition sur lequel tout le monde s'accorde : c'est que la discrimination consiste à différencier les êtres humains sur la base de critères inacceptables sauf à nier l'égalité humaine de l'homme. En ce sens, on a bien pu écrire que « la discrimination porte atteinte à un élément jugé fondamental de notre civilisation » (A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, précis Domat, 2014, n° 1015) ou encore que « l'usage de tels critères caractérise en soi une fracture au sein de l'humanité, autrement dit une discrimination » (G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, précis Dalloz, 2015, n° 710).

Le mode de lutte adéquat, dans une société démocratique, contre des comportements intolérables comme peuvent l'être les discriminations, c'est évidemment la mobilisation du droit dans toutes ses ressources : prévention, réparation, répression. Le droit a donc été et continue d'être très largement mobilisé pour faire cesser les discriminations en matière d'emploi et de travail. Le problème est qu'il l'est de manière désordonnée : d'abord, les sources sont diverses et multiples et se sont succédé dans le temps au fur et à mesure de la prise de conscience du fait discriminatoire, les normes internationales et européennes étant plus précoces à cet égard que les normes internes ; ensuite, ces dernières, venues tardivement, se sont depuis lors multipliées faute de parvenir à des résultats tangibles illustrant notre manière de légiférer qui consiste souvent à superposer les lois les unes aux autres relativement à un même objet, par strates successives, de sorte que des textes traitant de la même question coexistent, sont parfois rédigés en des termes différents, et peuvent être situés dans des parties différentes d'un même code, ce qui pose le problème de leur combinaison et de leur harmonisation (ex. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 qui comporte des dispositions dans le code du travail et en dehors). La conséquence, c'est « que la touffeur des textes successifs tant communautaires qu'interne, à la plume laborieuse, ne favorise pas leur compréhension » (A. MAZEAUD, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 1016).

Au-delà de cette première difficulté à laquelle on se heurte quand on aborde le droit des discriminations, une autre surgit immédiatement : c'est celle qui tient à l'approche de la notion même de discrimination, une fois dépassé le premier élément de définition précédemment évoqué. En premier lieu, le fait discriminatoire est protéiforme et plus ou moins visible selon la forme qu'il prend : à côté de la discrimination directe bien connue, plutôt aisée à identifier et à reconnaître, la discrimination indirecte dissimulée derrière un comportement apparemment neutre est beaucoup plus malaisée à déceler, et l'est encore davantage la discrimination dite systémique, alors même que la cause systémique, parfois dite structurelle, est l'une des principales causes de discrimination (G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 711). En second lieu, le fait discriminatoire doit être isolé et distingué précisément de situations proches mais différentes comme l'atteinte à l'égalité de traitement, ou de situations proches mais licites comme les actions positives, improprement qualifiées de discriminations positives,

outre que comme l'énonce l'article L. 1133-1 du Code du travail l'interdiction des discriminations prévue par l'article L. 1132-1 du même code ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Tous éléments qui ne facilitent pas l'approche et la bonne appréhension de la notion de discrimination.

Telles étaient les nombreuses difficultés de l'exercice entrepris par Michel Miné : mettre de l'ordre et de la clarté sur un objet complexe et fuyant, et sur un droit multiple et redondant qui peine à l'appréhender et à le réglementer.

Mais le pari est parfaitement réussi. Nul doute que son ouvrage clair, précis, documenté, apportera aux juristes et acteurs sociaux les outils de connaissance et de compréhension d'un droit des discriminations dans l'emploi et le travail qui leur faisaient défaut jusque-là.

Jean-Yves Frouin
Président de la chambre sociale de la Cour de cassation (France)