

TABLE DES MATIÈRES

Préface	7
Sommaire	9
Liste des principales abréviations et sigles	11
Introduction générale	17

PREMIÈRE PARTIE LA SUBSTANCE ENRICHIE

Titre 1 La fondamentalisation de la non-discrimination

Chapitre 1. L'institutionnalisation de la non-discrimination	63
Section 1. Les potentialités de la non-discrimination	64
I. Les ambiguïtés de la profusion normative	65
A. La prolifération des normes de non-discrimination	65
1. Un droit étendu et évolutif.....	65
2. La disparité des prescriptions anti-discrimination.....	68
B. La mobilisation des ressources supranationales	72
II. Un flottement conceptuel.....	78
A. L'égalité et la non-discrimination en droit de l'Union et en droit français	79
B. L'égalité de traitement et la non-discrimination dans les relations professionnelles.....	84
Section 2. Les garanties de l'action institutionnelle	87
I. L'autonomie institutionnelle	88
A. Une indépendance fonctionnelle	88
1. Les facettes de l'indépendance structurelle	89
2. L'indépendance personnelle	92
a) Les garanties tenant à la personne du Défenseur des droits	92
b) Les garanties d'indépendance des collaborateurs du Défenseur des droits.....	95
B. La réactivité institutionnelle.....	97
1. La diversité des auteurs de la saisine, gage de réactivité.....	97
2. La saisine d'office, gage d'autonomie d'action.....	102
II. La légitimité institutionnelle.....	104

A. La légitimité constitutionnalisée	104
1. Une assise renforcée.....	105
2. L'office de défense des droits	106
B. La légitimité par l'action.....	110
1. La légitimation par le mode de production des décisions	111
2. La légitimation par l'application du droit.....	114
Conclusion du Chapitre 1	119

Chapitre 2. L'expansion de la non-discrimination..... 121

Section 1. Le déploiement de la non-discrimination au travail

I. L'extension des critères de discrimination

A. Des listes évolutives de critères discriminatoires

1. L'accroissement des critères discriminatoires

a) La consécration du lieu de résidence.....

b) La consécration de la vulnérabilité économique

2. Le débat autour d'un critère prohibé : l'exemple de la race

B. Des motifs discriminatoires évolutifs

1. Les critères protégeant l'état de la personne.....

a) Les origines.....

b) L'être

α) Les caractéristiques tenant au genre

β) Les caractéristiques universelles.....

2. Les critères protégeant les droits et libertés

a) Les choix de vie.....

b) Les convictions et les opinions

α) L'exemple de l'activité syndicale

β) Les opinions politiques

γ) Les croyances religieuses.....

II. L'exploitation de la notion de discrimination.....

A. L'exploitation d'une notion polymorphe

1. La diversité des formes légales de discrimination

a) Les formes directe et indirecte de discrimination

b) Les agissements assimilés à la discrimination

2. La promotion d'une notion modulable.....

B. L'exploitation d'une notion prolifique

1. La consécration de la discrimination par association.....

2. Un prolongement conceptuel vers la discrimination

intersectionnelle

Section 2. La mobilisation des notions travaillistes au service de la non-discrimination

I. L'interprétation des notions travaillistes au soutien de l'objectif de non-

discrimination

A. Les notions travaillistes à la lumière de la non-discrimination.....

1. L'interprétation propice des notions travaillistes	178
2. L'explicitation opportune des notions travaillistes : l'exemple de l'aptitude	180
B. L'appréciation du périmètre social à la lumière de la non-discrimination	185
II. Le renforcement des exigences de conciliation pour une égalité plus concrète	189
A. L'aménagement raisonnable en matière de handicap	190
1. L'identification des aménagements raisonnables.....	191
2. L'appréciation restrictive de l'aménagement impossible.....	194
B. Vers l'émergence d'une obligation élargie d'accommodement	196
1. La protection de la vie personnelle au prisme de la non-discrimination	197
a) L'étendue de la protection de la sphère personnelle	197
b) L'illustration de l'activité sexuelle sur un site libertin	198
2. Le déploiement d'une exigence de conciliation	200
a) La découverte d'une obligation de conciliation	200
b) L'appel à la conciliation en matière de convictions religieuses ...	203
Conclusion du Chapitre 2	209
Conclusion du Titre 1	211

Titre 2

L'avènement d'une science des justifications

Chapitre 1. la réception incertaine des justifications.....	217
Section 1. L'admission restrictive des différences de traitement autorisées.....	218
I. Les justifications liées à l'intérêt de l'entreprise ou du service	218
A. Les exceptions professionnelles.....	219
1. Des justifications spécifiques strictement délimitées	219
a) L'exigence professionnelle tenant à l'aptitude physique	220
b) Les exigences professionnelles liées au sexe	223
α) Dans le secteur public.....	223
β) Dans le secteur privé	225
2. Une justification générale inutilisée	227
B. Les exigences professionnelles confrontées au fait religieux.....	231
1. L'articulation délicate des exigences professionnelles et de la liberté d'expression religieuse.....	233
2. L'exigence professionnelle propre aux entreprises de tendance.....	238
II. Les justifications liées à l'intérêt général	243
A. Les justifications légales des différences de traitement : l'exemple de l'âge	243
1. L'exigence d'une intervention d'origine légale ou réglementaire....	245

2.	La justification soumise à un contrôle d'intensité incertaine	250
a)	La légitimité de l'objectif de politique publique	250
b)	La proportionnalité des mesures adoptées	255
B.	La justification tenant aux actions positives	258
1.	Les conditions de recours aux actions positives	259
a)	L'exigence préalable d'une politique d'action positive	259
b)	L'identification d'actions positives adéquates	261
2.	Le contrôle de proportionnalité des actions positives	265
Section 2.	L'admission contingente de la justification de la discrimination	
	indirecte	269
I.	Un mode ouvert de justification	269
A.	Un champ de justification indéfini	269
B.	Le contrôle de la justification objective et raisonnable	271
II.	Des motifs justificatifs identifiés	274
A.	Les justifications liées à l'intérêt de l'entreprise ou du service	274
B.	Les justifications liées à la politique publique	277
	Conclusion du Chapitre 1	281
Chapitre 2.	Vers une méthode objective de justification	283
Section 1.	Un cadre commun d'appréciation des justifications	283
I.	Des standards communs soumis à contrôle	283
A.	Un cadre commun de contrôle	284
1.	Le standard de légitimité	284
2.	Le standard de proportionnalité	287
B.	Des standards soumis à appréciation	290
1.	La marge d'appréciation des autorités publiques	290
2.	Le pouvoir d'appréciation des juridictions nationales	294
II.	Une logique d'appréciation des justifications	298
A.	Le contrôle approfondi des justifications	298
1.	L'appréciation objective des justifications	298
a)	L'appréciation <i>in concreto</i> plébiscitée	299
b)	L'appréciation <i>in abstracto</i> contenue	302
2.	L'appréciation de la véracité des justifications	309
a)	L'exigence d'une cause existante et objective	309
b)	L'exigence d'une cause exacte	311
B.	Le contrôle étroit du pouvoir de l'employeur	313
1.	Les décisions internes	314
2.	Les décisions d'application	316
Section 2.	Vers une standardisation de l'exercice du pouvoir décisionnel	319
I.	Le caractère objectif des décisions	319
A.	L'exclusion des stéréotypes et préjugés	320
B.	L'objectivité des mobiles de l'employeur	326
1.	L'objectivité des raisons invoquées	327

2. Une discipline décisionnelle	330
II. Le caractère raisonnable des décisions	334
A. La légitimité des décisions	334
B. La pertinence des décisions.....	339
1. La cohérence des décisions	339
2. L'opportunité des décisions.....	341
Conclusion du Chapitre 2.....	343
Conclusion du Titre 2.....	345
Conclusion de la Première partie.....	347

SECONDE PARTIE L'ACTION RENFORCÉE

Titre 1 L'interventionnisme procédural

Chapitre 1. La preuve de la discrimination facilitée	357
Section 1. Le déploiement d'un régime probatoire révélateur des discriminations	358
I. L'administration de la preuve adaptée aux discriminations.....	358
A. L'aménagement du système probatoire de la discrimination	359
1. Le système probatoire répressif inchangé ?.....	359
2. La preuve aménagée devant les juridictions administrative et prud'homale	363
a) La charge de la preuve initiale du demandeur	364
b) La charge de la preuve négative du défendeur.....	369
B. L'établissement simplifié de la preuve	374
1. La libéralisation des procédés de preuve	374
2. La facilitation de l'accès aux preuves détenues par l'employeur.....	379
a) L'accès aux éléments détenus par l'employeur.....	379
b) L'accès à l'office probatoire du juge.....	382
II. La comparaison, technique adaptée à la discrimination	386
A. Le recours à la comparaison	388
1. Une technique de captation des discriminations.....	389
a) La révélation de la discrimination	389
b) L'évaluation de la discrimination	391
2. Des méthodes de comparaison associables	395
B. Les difficultés d'élaboration d'une méthodologie comparative	399
1. Le <i>testing</i> , outil de révélation de la discrimination à l'embauche	399

2. L'identification d'un panel de référence pertinent : l'exemple de la discrimination dans l'évolution de carrière	405
a) L'identification du groupe de référence	407
b) La recherche du degré de similitude	411
Section 2. L'office probatoire du Défenseur des droits	416
I. Un droit d'accès à l'information étendu	417
A. Un droit général de communication renforcé	417
1. L'accès aux informations nécessaires	417
2. Le devoir de coopération des personnes mises en cause	421
B. Un droit d'information confronté aux données protégées	423
1. L'inopposabilité de principe de la protection des données	424
a) Les données protégées relatives à l'entreprise ou le service	424
b) Les informations relatives à la vie personnelle des personnes	426
2. Le maintien partiel de la protection des données	428
a) La persistance de certains secrets particuliers	429
b) La relativité du secret professionnel du Défenseur des droits	431
II. Un droit d'accès à l'information exorbitant	433
A. Des moyens d'information autonomes et exorbitants	434
1. Des prérogatives d'enquête propres	434
a) Des moyens d'investigation calqués sur ceux de la police judiciaire	434
b) Des moyens d'investigation indirectement coercitifs ?	440
2. Le concours des autorités publiques	442
B. Des moyens d'information aux garanties procédurales allégées	444
1. La place incertaine du contradictoire au stade de l'enquête administrative	445
2. L'information restreinte des personnes mises en cause	449
Conclusion du Chapitre 1	455
Chapitre 2. Le traitement juridictionnel conforté	457
Section 1. La promotion du traitement juridictionnel	457
I. L'action en justice contre les discriminations confortée	458
A. La promotion de l'action en justice contre les discriminations	458
1. La fonction d'assistance au procès	459
a) Le défaut d'autonomie juridictionnelle du Défenseur des droits	459
b) Une complémentarité d'action avec les syndicats et les associations ?	462
2. De l'opportunité de l'action spécifique contre les discriminations collectives	466
a) Les écueils de la consécration de l'action de groupe	468
b) Les substituts contemporains à l'action de groupe	472
B. La protection de l'action en justice contre les discriminations	477

1. La protection par l'adaptation de la prescription à la discrimination	477
a) Une conception de la prescription favorable au droit d'agir	478
b) L'articulation de la prescription et de la saisine du Défenseur des droits.....	481
2. La protection contre les discriminations en raison de l'action en justice	483
a) La protection légale contre les représailles	484
b) La confidentialité des investigations du Défenseur des droits.....	487
II. Le recours à la transaction pénale limitée.....	489
A. Un pouvoir répressif subordonné à l'aval de l'autorité judiciaire	491
1. La transaction pénale, un pouvoir propre du Défenseur des droits ..	491
a) Le recours à la transaction pénale comme réponse subsidiaire ...	492
b) La transaction pénale et l'acceptation de l'auteur des faits.....	496
2. La transaction pénale soumise à approbation judiciaire	499
B. La capacité répressive restreinte de la transaction pénale	503
1. Des effets circonscrits sur l'action juridictionnelle	504
2. La citation directe, une atteinte restreinte à l'office du ministère public	505
Section 2. Une intervention dans le processus juridictionnel discutée.....	509
I. La présence institutionnelle et l'équilibre de la contradiction	510
A. L'audition du Défenseur des droits, une intervention juridique non identifiée.....	510
1. Les caractéristiques de l'audition devant les juridictions.....	510
a) L'étendue du droit d'audition	510
b) Le contenu de l'audition du Défenseur des droits	514
2. Le rôle procédural incertain du Défenseur des droits	516
a) Les statuts procéduraux confrontés à l'intervention institutionnelle.....	516
b) La résignation à un statut <i>sui generis</i> ?	519
B. L'audition confrontée au principe d'égalité des armes	521
1. Le principe du contradictoire affirmé	522
2. L'équilibre des droits des parties au procès face à l'audition du Défenseur des droits	525
a) L'identification des intérêts défendus par le Défenseur des droits	526
b) Des propositions de modification de la pratique de l'audition....	529
II. La présence institutionnelle et la fonction de juger.....	532
A. La coopération du Défenseur des droits dans le traitement juridictionnel des discriminations	533
1. L'obligation d'information de l'autorité judiciaire en cas d'incrimination pénale	533
2. De la sensibilisation au partenariat.....	536

a) La sensibilisation des acteurs judiciaires	537
b) Un partenariat volontaire dans la répression locale des discriminations.....	539
B. Une présence confrontée aux exigences d'indépendance et d'impartialité du juge	543
1. Les garanties légales accordées à la saisine du juge	544
a) L'intervention du Défenseur des droits postérieure à la saisine du juge	544
b) L'intervention du Défenseur des droits postérieure à la décision du juge	546
2. L'indépendance et l'impartialité du juge confrontées à la présence du Défenseur des droits.....	547
Conclusion du Chapitre 2	553
Conclusion du Titre 1	555

Titre 2 L'action régulatrice

Chapitre 1. L'action corrective	559
Section 1. La médiation	560
I. Les caractéristiques de la médiation institutionnelle	563
A. L'instigation institutionnelle de la résolution amiable	563
1. L'initiation du processus par le Défenseur des droits	563
2. Une intermédiation acquise à la lutte contre les discriminations	565
B. La maîtrise institutionnelle de la résolution amiable	568
1. Un déroulement sous contrôle	568
2. Un contenu orienté.....	572
II. Les fragilités de la médiation institutionnelle	576
A. Les risques d'un procédé orienté.....	576
1. Le risque de privilégier les intérêts du réclamant	576
2. Le risque d'interférer sur l'instance en cours.....	579
B. L'encadrement imparfait des suites de la médiation institutionnelle	582
1. Les suites incertaines de la résolution amiable	582
2. La confidentialité relative de la médiation institutionnelle	586
Section 2. La recommandation.....	589
I. Le pouvoir de recommandation	589
A. Un pouvoir de recommandation protéiforme	590
1. Une faculté générale de recommander en droit	590
a) La recommandation à visée générale.....	591
b) Les recommandations à visée spécifique.....	592
α) La recommandation d'une sanction disciplinaire	592
β) La recommandation d'une sanction professionnelle	594

2. Une faculté spécifique de recommander en équité.....	596
B. Un pouvoir de recommandation incitatif.....	601
1. Un pouvoir conforté par le droit de suite	601
2. Un pouvoir amplifié par les modes de diffusion	606
II. L'objet des recommandations	609
A. Les recommandations individuelles	609
1. Des recommandations adaptées à chaque cas de discrimination	610
2. Des destinataires diversifiés	616
B. Les recommandations générales	619
1. La réformation des pratiques	620
2. La réformation du droit	625
Conclusion du Chapitre 1	631
Chapitre 2. L'action promotionnelle.....	633
Section 1. Une action promotionnelle diffuse.....	634
I. Les potentialités du pouvoir promotionnel	634
A. Les facettes du pouvoir promotionnel	635
1. L'autonomie de la politique promotionnelle.....	635
2. L'incertitude des politiques locales de promotion	638
a) La faiblesse de la promotion territoriale.....	638
b) L'enjeu de la promotion territoriale	641
B. Le dialogue comme fondement d'une politique de promotion	644
1. De la sensibilisation à la collaboration des acteurs de l'emploi	644
2. Le développement d'engagements formels	647
II. L'usage du pouvoir médiatique.....	649
A. Un levier de notoriété.....	649
1. La communication sur la lutte	650
2. La communication sur les victoires	651
B. Un moyen de contrainte	652
1. La sanction médiatique.....	653
2. La menace d'une sanction médiatique.....	656
Section 2. Une influence juridiquement confuse	659
I. Un travail d'influence sur les normes professionnelles	659
A. Une action soutenue auprès des acteurs de l'emploi.....	659
1. La perception de l'Institution par les parties prenantes	660
2. Une présence dans le dialogue social	661
B. Une action continue auprès des producteurs de normes juridiques	664
1. L'enrichissement de l'ordonnement juridique français	665
2. Une présence novatrice sur le plan international	670
II. Réflexion sur la nature juridique de l'action régulatrice du Défenseur des droits.....	674
A. Le contrôle juridictionnel restreint des actes institutionnels	674
1. Une immunité juridictionnelle relative	675

2. Un contrôle indirect fondé sur les effets de l'acte ?.....	677
B. La capacité normatrice des actes institutionnels	681
1. Une normativité sociale	682
2. Une juridicité par relais.....	685
Conclusion du Chapitre 2.....	691
Conclusion du Titre 2.....	693
Conclusion de la Seconde partie	697
Conclusion générale.....	699
Bibliographie.....	705
Index alphabétique	895
Table des matières	905