

**Recueil Dalloz 2017 p.224**

**Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ?**

**Marie Mercat-Bruns, Maître de conférences en droit privé, HDR (CNAM/LISE),  
Professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po**

**L'essentiel**

L'adoption d'une action de groupe « discriminations » et une étude sur leur coût économique justifient une réflexion sur l'émergence d'une nouvelle discipline en droit privé. Avec la reconnaissance des droits fondamentaux en droit privé, force est de constater la construction d'une nouvelle branche du droit qui rappelle les caractéristiques du droit de l'environnement, nourrie par un contentieux et une production législative accrus dans des champs aussi variés que le droit bancaire, le droit des assurances, le droit des personnes ou le droit du travail. Malgré certaines résistances, le droit de la non-discrimination se mue en discipline lorsque les savoirs résultant de cette branche permettent notamment une nouvelle lecture de certaines catégories du droit privé et favorisent la diffusion internationale du droit français.

« Trop souvent, on oppose justice sociale et efficacité. La lutte contre les discriminations conjugue l'une et l'autre ». Cet extrait du rapport récent de France Stratégie sur le coût économique des discriminations<sup>(1)</sup>, qu'il soit ou non décrié, permet de relancer le débat juridique sur la portée de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité en France. La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle du 18 novembre 2016<sup>(2)</sup>, qui crée « l'action de groupe en matière de discrimination », singularise, en outre, la question dans le contentieux de droit privé, à l'image de l'action de groupe en droit de la consommation, en droit de l'environnement ou en droit de la santé. Le législateur, chaque année, désigne un nouveau critère discriminatoire prohibé (en juin 2016, « la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur »)<sup>(3)</sup>, témoignant ainsi de sa préoccupation constante des contours de ce droit en construction dans un contexte où la crainte simultanée est de voir la cohésion sociale battue en brèche.

C'est l'occasion d'engager une discussion plus ample sur les conditions de l'émergence du droit de la non-discrimination comme *nouvelle discipline* en droit privé dont le premier président de la Cour de cassation a mesuré la portée lors d'un colloque sur le sujet<sup>(4)</sup> : « au-delà de la sphère du droit public, le champ des discriminations combattues par la loi s'est lentement étendu aux comportements privés, notamment à ceux relevant du droit du travail, du droit de la consommation ou du droit de la santé, et la lutte contre la discrimination est devenue aujourd'hui un terrain de l'application de la proportionnalité, qui a envahi notre droit comme vecteur de l'appréciation des atteintes tolérables au principe d'égalité ».

Envisager le droit de la non-discrimination comme discipline du droit privé<sup>(5)</sup> suppose de distinguer les notions de branche et de discipline, trop souvent confondues, afin d'exposer les dimensions du droit de la non-discrimination. La *branche* de droit se rapporterait au « sous-ensemble de règles identifiables au sein du droit de la République française », au « segment d'un ordre juridique déterminé »<sup>(6)</sup>, tel qu'il est découpé ensuite par matières, à l'instar du droit civil, du droit pénal, du droit administratif. La *discipline* serait « l'activité ou ensemble des activités de connaissance des problèmes juridiques d'un secteur des relations sociales et des solutions que prétendent leur procurer les règles juridiques en vigueur (qui peuvent appartenir à des *branches* différentes de l'ordre juridique concerné) »<sup>(7)</sup>. Par exemple, le droit du travail est à la fois une branche et une discipline. « Les ouvrages consacrés au droit du travail ne se bornent pas à décrire des règles composant la branche. S'attachant à reconstruire et

évaluer des cadres juridiques du travail salarié que le *droit du travail-branche* ne construit pas seul, ils illustrent le droit du travail-discipline » (8). Ainsi, la branche, comme le droit (commercial, des sociétés, du travail), décrit le phénomène normatif (existence des règles spécifiques) (9), et la discipline s'entend de la « connaissance ou la pratique de ce phénomène » (10). Notre constat part de la détection possible du droit de la non-discrimination comme nouvelle branche du droit (I) pour aboutir à sa pertinence comme discipline offrant un espace de connaissances supplémentaires, notamment par une nouvelle lecture du droit privé (II).

### **I - Émergence d'une nouvelle branche du droit ?**

Notre préoccupation part d'une référence croissante à la non-discrimination qui reflète une lame de fond plus globale, celle d'une fondamentalisation du droit privé (11), apparente dans la réforme du droit des contrats (12) et l'évolution du droit du travail (13), au-delà de son rattachement fréquent au droit pénal (14). Ce constat d'une nouvelle branche du droit est étayé par une production normative croissante et transversale, ainsi que par la construction d'un ordre juridique spécifique (A), qui rappelle l'architecture des règles du droit de l'environnement (B).

#### **A - Portée transversale du droit de la non-discrimination en droit privé**

Sous l'impulsion européenne (15) et internationale, un récent rapport pour le ministère de la justice et le Défenseur des droits fait le point sur la mise en oeuvre de la non-discrimination par les juges en droit civil, en droit du travail et en droit administratif (16). Il en ressort une influence variable de l'activité judiciaire dans ces trois champs, avec la reconnaissance plus systématique du concept de discrimination indirecte (17) par les juges en droit du travail et en droit administratif, conformément aux directives européennes (18). Le contentieux en droit des personnes, en droit de la famille et en droit des contrats s'en tient davantage à la détection des discriminations directes avec des résultats contrastés selon les sujets traités (19). Sans doute, en matière de biens et services (20), le fait que l'aménagement de la charge de la preuve en faveur du demandeur (21) et que la discrimination indirecte ne s'appliquaient qu'aux critères de race, d'origine ethnique, de sexe, de grossesse et de maternité limitaient, pour les autres critères, la révélation aux seules discriminations intentionnelles sur le plan pénal (22).

Pourtant, même sur le plan pénal, il est frappant de constater l'apparition croissante de discriminations dans différents domaines : en droit bancaire, concernant le refus de prêt en raison de l'âge (23), en droit des assurances, le refus d'assurance automobile en fonction de l'âge (24) ou du handicap, parfois confondu avec l'état de santé (25). Aucune matière du droit n'est épargnée comme le révèlent les réclamations croissantes auprès du Défenseur des droits qui concernent des situations très différentes : la situation de handicap et l'accès aux clubs de vacances (26), les discriminations fondées sur la nationalité (27) et le refus de location à des Ultramarins (28), le refus de cartes de crédit en raison de l'âge (29) ou d'ouverture de compte à des Américains (30). Si les justifications pour les différences de traitement ne sont pas objectives et simplement basées sur des présomptions non fondées concernant les parties aux contrats ou sur le coût supposé pour l'entreprise et non étayées par des exceptions législatives ou réglementaires (31), elles sont qualifiées de discriminatoires. Ainsi, la question des droits fondamentaux est relayée en matière commerciale, notamment par le développement de la « *silver économie* » (32) et de la globalisation des échanges. C'est ce croisement entre les logiques du droit économique, du droit des personnes et du droit social que le droit de la non-discrimination semble cristalliser, traduisant un droit à la justification.

En tant que nouvelle branche du droit, il est alors opportun de réfléchir à la spécificité des rouages du droit de la non-discrimination. Cet exercice de découpage du périmètre d'un nouveau droit est mieux balisé grâce à celui qu'offre le droit de l'environnement en tant que branche du droit.

#### **B - Analogie entre droit de la non-discrimination et droit de l'environnement : valeurs, principes, outils et organe de contrôle**

L'application transversale de la non-discrimination en droit privé justifie de poursuivre une réflexion sur l'émergence du droit de la non-discrimination comme branche. Celle-ci s'appuierait sur des canons spécifiques propres aux contours d'une matière juridique, même si cette notion elle-même fait débat en

France (33) et à l'étranger (34). « La matière serait liée à « un savoir qui est avant tout descriptif et classificatoire. La matière, c'est-à-dire les dispositions qui la composent, ferait l'objet de description, assortie de commentaires plus ou moins fournis, et la description serait organisée, autour et à l'aide de classements destinés à faire saisir les oppositions, et les rapprochements, bref à faire apparaître un ordre » (35).

Certes, la branche du droit ne néglige pas toujours « les activités savantes qui constituent et enrichissent les savoirs par rapport à l'état du droit en vigueur sur un point déterminé » (36). Mais la construction du droit sert avant tout à faire apparaître un ordre juridique cohérent, même s'il n'est pas forcément autonome (37). Le droit de l'environnement constitue un bon point de comparaison.

Selon F. Ost, l'objectif du droit de l'environnement (38) a été de « consolider ses assises en forgeant les principes, en [proposant] les instruments et en [définissant] les valeurs » (39). La nature des règles a suivi la même évolution que les buts projetés : d'une volonté d'interdire ou limiter certaines activités menaçantes (40), le droit de l'environnement a évolué vers une volonté de « gestion, de restauration de ces activités par des actions positives empruntant aux techniques de services publics pour mettre en balance protection de la nature et valeurs de conservation avec le développement synonyme de progrès » (41).

Le droit de la non-discrimination semble avoir franchi une étape similaire avec une répression équivalente des discriminations dans un premier temps au nom des droits de l'homme et, désormais, une vision plus collective des discriminations dans différentes sphères d'activités publiques, économiques et sociales (42). L'action de groupe « discriminations » visera, outre la réparation, la cessation collective du manquement (43). L'adoption de la parité dans les conseils d'administration des entreprises (44), le *gender mainstreaming* européen (45) ou les actions positives à mener pour les personnes handicapées (46) reflètent cette même démarche transversale. À l'instar du droit de l'environnement, le droit de la non-discrimination allie protection de certaines catégories plus vulnérables (47), comme celles connaissant une perte d'autonomie, conservation de l'interdiction de la collecte systématique de certaines données personnelles (48) et prévention du risque de discriminations par la lutte contre le sexisme ou le racisme (49).

En droit de l'environnement, l'émergence d'une idée plus large de *développement durable* reflète le croisement de l'idée de protection de l'environnement avec les exigences de la croissance (50). Or le droit de la non-discrimination se voit également doter, à partir des années 2006, d'une dimension gestionnaire avec des outils de promotion de la diversité (charte et accords) (51).

On relève l'éclatement du droit de l'environnement autour de principes généraux tels que le principe du pollueur-payeur, le principe de précaution, les obligations d'information et de participation (52). En droit de la non-discrimination, le contentieux récurrent de la discrimination salariale entre hommes et femmes, les tensions sur les pratiques religieuses comme le port du voile ou de la burqa, la question du genre, de l'accueil des migrants, les enjeux sécuritaires après les attentats terroristes, peuvent précipiter l'ordonnancement juridique de certains principes ou valeurs débattus sur le plan juridique : le vivre ensemble (53), l'identité par l'établissement des contours des critères de discrimination ou la question du changement de sexe mentionné à l'état civil (54), l'interdiction du profilage racial (55), la cohésion sociale (56), l'aménagement raisonnable en matière de handicap (57), le harcèlement discriminatoire (58) et la dignité de la personne (59). Sont adoptées de nouvelles normes spécifiques relatives à la collecte obligatoire de données sur des groupes par panel de sexe et d'âge au travail (60), le principe de neutralité dans l'entreprise (61) et des procédures internes d'alerte (62), de responsabilité sociétale de l'entreprise (63) face aux exigences de « *compliance* » des sociétés cotées à la bourse de New York (64).

Enfin, le droit de l'environnement influe à tous les niveaux de la hiérarchie des normes (65). Le droit de la non-discrimination se caractérise par une architecture de normes internationales, principes constitutionnels, normes législatives, réglementaires et conventionnelles avec des outils spécifiques efficaces comme l'aménagement de la charge de la preuve au profit du demandeur au civil (66) ou la

nullité comme sanction<sup>(67)</sup>. Une autorité de suivi et de contrôle de rang constitutionnel, en la personne du Défenseur des droits avec ses équipes, consolide ce droit de la non-discrimination et contribue à sa cohérence, en facilitant son accès par les réclamations écrites gratuites, la médiation et le contentieux : le Défenseur bénéficie également d'un pouvoir d'investigation exceptionnelle dans les entreprises<sup>(68)</sup> et institutions publiques et un pouvoir de recommandation formelle auprès des tribunaux, du gouvernement, du législateur et des instances internationales<sup>(69)</sup>.

La multiplicité des règles de non-discrimination qui irriguent toutes les normes hiérarchisées, leur suivi et leur mise en cohérence n'empêchent pas une certaine résistance, au-delà de l'émergence d'une nouvelle branche du droit, à la reconnaissance d'une discipline juridique spécifique qui mérite pourtant attention.

## II - Vers une nouvelle discipline du droit de la non-discrimination ?

De nombreux rapports, thèses et ouvrages évoquent<sup>(70)</sup>, de façon de plus en plus élaborée, la discipline du droit de la non-discrimination en tant que savoirs résultant de cette branche. Dans ce contexte, il faut prendre acte des résistances au droit de la non-discrimination comme discipline (A). Ensuite, la question est de savoir quel est l'intérêt de mettre en exergue ces activités savantes enrichissant la connaissance des problèmes juridiques liés à la non-discrimination, éclairés par la pratique (B). En effet, une nouvelle discipline du droit de la non-discrimination sert, entre autres, à « percevoir les liens qui existent entre des dispositions relevant de *matières* différentes » pour offrir une nouvelle lecture du droit privé.

### A - Résistances relatives au droit de la non-discrimination en tant que discipline

En dehors de l'attachement fort au principe d'égalité et à une logique égalitariste, à défaut d'être égalitaire, en droit privé<sup>(71)</sup>, la réticence ambiante à la non-discrimination repose sur deux arguments : la non-discrimination ignorerait certaines catégories fondatrices en droit privé et pourrait ne servir qu'à construire des individus stigmatisés ou groupes de victimes.

Par exemple, en droit du travail, la logique de la non-discrimination, qui s'intéresse à la personne du travailleur<sup>(72)</sup>, en dehors de la discrimination syndicale très présente dans le contentieux<sup>(73)</sup>, se heurterait à celle des statuts protecteurs, plus légitimes, tirés de la loi, de la convention ou de l'accord collectif qui s'organisent autour des conditions de recrutement, de travail et de rupture du contrat<sup>(74)</sup>.

Comme le montre l'analyse des décisions de justice sur la mise en oeuvre de la non-discrimination au travail, la sanction des discriminations a vocation à intervenir de façon subsidiaire comme conséquence supplémentaire d'une violation d'un droit du travail, qui compense avant tout les inégalités issues de la subordination<sup>(75)</sup>. Dans cette configuration traditionnelle, le travailleur, bénéficiaire d'une représentation collective, à l'exception de l'incidence des catégories nées du droit de la sécurité sociale (sexe, maternité, maladie, accident, âge), est doté d'un profil universel sans sexe, origine ou âge, avec une part irréductible réservée à l'autonomie personnelle (religion, sexualité...) ; celle-ci relèverait davantage de la sphère privée que contractuelle et reflète des libertés dont les atteintes non justifiées ou proportionnées au travail sont sous le contrôle du juge<sup>(76)</sup>.

Une seconde source de résistance à la non-discrimination, souvent relatée, est le pendant de la première. Elle tient à la perception de la construction des victimes que ce droit en creux pourrait engendrer en droit privé. Au fond, qui voudrait révéler des situations intimes ou des caractéristiques personnelles pour revendiquer des droits, s'interrogent certains juges<sup>(77)</sup>. En droit du travail, le droit de la non-discrimination se limiterait à réduire les problématiques professionnelles à « une subjectivité » excessive, qui s'inscrivent plus largement dans les rapports de pouvoir économique au travail. Plus généralement, en droit privé, le risque est de stigmatiser encore davantage les victimes, incidence inhérente au processus de qualification de la discrimination : en effet, il faut toujours renvoyer à l'identification d'un critère prohibé, cause de la différence de traitement arbitraire. C'est un droit qui diviserait, ferait parfois fi de la comparabilité des situations, du rapprochement nécessaire des sujets de droit et de la nécessaire cohésion des institutions (la famille, l'État, l'entreprise). Le contentieux met en exergue les droits des personnes ayant certaines pratiques religieuses ou une certaine orientation

sexuelle, les personnes d'une certaine apparence physique, ou d'une certaine origine, au risque de renforcer les groupes au détriment des droits civils et sociaux plus objectifs, et de favoriser ainsi une traduction juridique du communautarisme dans toutes les sphères de la société.

## **B - Intérêts du droit de la non-discrimination comme discipline**

Dans ce contexte, quel serait l'intérêt d'une reconnaissance du droit de la non-discrimination en tant que discipline ? Il serait triple. Le premier intérêt, tiré du contentieux et de l'évolution législative, est de prendre acte de la véritable portée actuelle du droit de la non-discrimination comme nouveau prisme de lecture en droit privé. Au-delà d'une polarisation sur la recherche d'un auteur face à une victime individuelle, il s'agit de comprendre que le droit de la non-discrimination offre une autre lecture de certaines notions ou mécanismes du droit privé avec l'avènement inexorable des discriminations systémiques à l'échelle du groupe (78). Si le droit de la non-discrimination catégorise, par son incitation à la justification, il montre aussi ce qui n'entre pas dans certaines catégorisations traditionnelles du droit privé.

Le deuxième intérêt de la reconnaissance disciplinaire est de relever que le droit de la non-discrimination s'inscrit dans un mouvement de procéduralisation du droit. Sous l'égide de la non-discrimination, même en droit privé, l'exercice de certaines libertés fondamentales (religion, grève, vie privée) peut être soumis à l'exigence d'un encadrement procédural renforcé par la vérification des conditions de recueil du consentement d'une personne dans une situation vulnérable en droit civil (79), ou par une mise en balance plus subtile entre les intérêts de l'entreprise ou de l'État et ceux des personnes physiques, souvent à travers les exceptions à la discrimination.

Un troisième intérêt d'identifier le droit de la non-discrimination comme discipline réside dans la nécessité scientifique d'une appropriation française de ce droit dans le cadre d'un rayonnement mondial (80). Cette lisibilité extérieure est un gage pour sa cohérence en droit interne.

### **1 - Le droit de la non-discrimination : une discipline qui sonde autrement les catégories du droit privé**

Le premier intérêt suscité par la reconnaissance d'une discipline, le droit de la non-discrimination, réside dans sa logique intrinsèque qui se fonde sur une incitation à la transparence des mécanismes de décision et de fondement des règles, pour vérifier la cohérence des justifications de certaines catégories élaborées par la loi, par des personnes en situation de pouvoir ou par les partenaires sociaux. Quelle que soit l'intention de ces auteurs - et c'est la force particulière de la discrimination indirecte -, le droit de la non-discrimination a sa propre grammaire. L'étude des décisions de justice en droit de la non-discrimination permet de comprendre pourquoi certaines pratiques individuelles ou collectives ou certaines dispositions historiques dans la loi ou la convention collective (81) perdurent sans justification objective ou proportionnée et ne peuvent être remises en question que grâce à un aménagement de la charge de la preuve. Comment apprécier, dans une convention collective, la catégorie de cadre lorsque certains postes en sont exclus et sont majoritairement tenus par des femmes ? Comment apprécier la pertinence de critères de l'évaluation professionnelle à certains postes et valider ou non son effet sur certaines personnes fragiles psychologiquement (82) ? Comment s'assurer que des clauses contractuelles d'assurance n'excluent pas systématiquement certains clients handicapés, âgés ou en raison d'un certain lieu de résidence (83), d'une couverture, sans reposer sur des exceptions légales ? À l'inverse, comment garantir que certaines transactions patrimoniales ne puissent être entravées en raison d'un handicap (84) ?

Cette nouvelle lecture du droit privé par le sondage des justifications des pratiques touche également des mécanismes du droit civil comme la responsabilité civile dans le droit de l'urbanisme, le droit commercial ou le droit du sport. Certaines discriminations ne reprennent pas les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité pour faute : elles sont parfois détectées sans rattachement à un critère (discrimination par association) (85), sans victime (déclaration discriminatoire) (86) ou sur une apparence seulement de discrimination (87), sans faute, sans imputabilité directe (88), qualifiées par leurs seuls effets (discrimination systémique) (89), et avec un lien de causalité difficilement identifiable

lorsque la décision ou la règle repose sur une motivation mixte<sup>(90)</sup>.

Les juges peuvent cerner des discriminations systémiques croissantes dans la société dérivant soit de discriminations indirectes dans certaines procédures, d'apparence neutre, de contrôle de l'absentéisme<sup>(91)</sup>, soit de discriminations directes, issues de procédures de contrôle d'identité. Le contrôle de proportionnalité permet en outre, au-delà du contrôle des justifications objectives, de savoir si ces justifications sont pertinentes, autrement dit si les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés<sup>(92)</sup>. Par ailleurs, la recherche judiciaire de pratiques<sup>(93)</sup>, de décisions ou règles moins excessives ou plus cohérentes et donc moins discriminatoires peut permettre d'exposer des méthodes alternatives d'accès à la formation, de classification ou de promotion<sup>(94)</sup>. Ainsi, dans toute institution ou entreprise, il est possible de questionner les modes de représentation majoritaire en matière de gouvernance, les pratiques sélectives qui aboutissent à l'inégalité salariale<sup>(95)</sup>, la ségrégation sexuée des métiers<sup>(96)</sup>, ou des statuts selon l'origine, révélée par le droit de la non-discrimination, comme le démontre l'affaire des *Chibani*<sup>(97)</sup>. Il ne s'agit plus alors de se focaliser sur des préjugés individuels mais de débusquer les raisons structurelles des entraves au bon fonctionnement de l'emploi, à une meilleure organisation du travail, à un accès effectif aux institutions et aux services privés et publics dans un monde à dimension transnationale : le résultat est de toiletter les conventions collectives, les procédures de recrutement, les conditions de reprise de marché<sup>(98)</sup>, de représentation, de gouvernance ou d'organisation qui ne sont pas cohérentes ou pertinentes au regard des exigences du droit fondamental de la non-discrimination. Le contrôle de l'égalité de traitement qui propose aussi de sonder les différences de traitement conventionnelles est limité par une présomption de justification entre salariés aux fonctions différentes mais de même catégorie<sup>(99)</sup>. Le droit de la non-discrimination, par son appréhension du critère prohibé et donc du contexte, permet aussi de relier l'effet individuel d'une pratique à son effet collectif, à l'instar du droit de la concurrence qui incorpore ces deux échelles.

## **2 - Le droit de la non-discrimination : une discipline qui contribue à la procéduralisation du droit**

Le deuxième intérêt est de constater que le droit de la non-discrimination s'inscrit dans un mouvement international de procéduralisation du droit<sup>(100)</sup> car le contrôle de la non-discrimination peut servir à encadrer, pour la sauvegarder, la relative autonomie de la volonté du sujet dans l'exercice de ses libertés au plan civil, notamment au regard des intérêts des politiques publiques (santé, sécurité). Ce droit saisit aussi directement ou indirectement les conflits d'intérêts entre l'exercice des libertés du salarié et le bon fonctionnement de l'entreprise<sup>(101)</sup>. Cette prise de conscience est essentielle au moment où les droits fondamentaux des entreprises en tant que personnes morales gagnent en importance<sup>(102)</sup>. Elle passe par un équilibre subtil entre le respect de certains choix des personnes sans discrimination (salariés ou clients) et les exceptions à la discrimination soulevées par les entreprises, notamment pour le critère de la religion, l'apparence physique et la situation familiale<sup>(103)</sup>. Parfois la non-discrimination est confrontée ainsi à la liberté contractuelle<sup>(104)</sup>. C'est un gage des droits humains dans un contexte de globalisation où les tensions ou conflits d'intérêts entre personnes physiques et personnes morales sont possibles et nécessitent des cadres de médiation, de débat pour concilier les intérêts grâce à une procéduralisation accrue, par exemple avec une mise en demeure assortie d'un délai avant toute action de groupe<sup>(105)</sup>. La mise en oeuvre du droit de la non-discrimination favorise la circulation d'informations pour justifier les prises de décision patronale collective ou l'adoption de codes de conduite, une transparence des processus de gouvernance des entreprises, une évaluation des modes d'internalisation des normes dans l'entreprise avec la vérification des procédures de gestion du personnel<sup>(106)</sup>, la connaissance de l'évolution des *pools* de candidats sur le marché de l'emploi, la recherche de rappel à la loi avant tout contentieux sur les discriminations en matière commerciale ou la remise à plat des procédures d'évaluation des postes et des classifications.

## **3 - Le droit de la non-discrimination : une discipline qui favorise la diffusion du droit français**

Le troisième intérêt d'ériger le droit de la non-discrimination comme discipline s'inscrit dans un cadre plus global qui doit embrasser la circulation inévitable de concepts<sup>(107)</sup>, perçus comme venus d'ailleurs. L'analyse des textes et des décisions relatives à la non-discrimination démontre une



ingéniosité des acteurs juridiques français qui devrait être mieux connue sur le plan mondial<sup>(108)</sup>. « La discipline offre aussi au comparatiste une grille de lecture de systèmes étrangers et un cadre de comparaison des profils et poids respectifs de figures juridiques »<sup>(109)</sup>. Des décisions de justice en matière sociale, par exemple, qui proposent le concept de discrimination sans comparaison<sup>(110)</sup> et recueillent des discriminations indirectes plus subtiles tirées de la loi<sup>(111)</sup>, l'adoption législative du critère de vulnérabilité économique<sup>(112)</sup>, de perte d'autonomie<sup>(113)</sup> et l'action de groupe à la française<sup>(114)</sup>, le rôle transversal du Défenseur des droits, le développement de normes patronales internes (celles sur la parité, le *testing*), la remise en cause de certaines conventions collectives ayant un effet discriminatoire<sup>(115)</sup>, révèlent ensemble une impulsion créative dans l'appropriation française du droit de la non-discrimination. La reconnaissance du droit de la non-discrimination comme discipline rendrait cette construction française originale plus lisible à l'étranger<sup>(116)</sup> et permettrait de gérer aussi des crispations récurrentes dans l'Hexagone face à la montée des discriminations systémiques et multiples<sup>(117)</sup>, interdites par les normes internes et internationales.

<b>Mots</b>	<b>clés</b>	:
<b>DISCRIMINATION</b> * Non-discrimination * Droit * Nouvelle discipline		

(1) J. Pisani-Ferry, Avant-propos, Le coût économique des discriminations, Rapp. France Stratégie, sept. 2016, p. 4.

(2) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, titre V.

(3) L. n° 2016-832, 24 juin 2016 mod. L. n° 2008-496, 27 mai 2008 ; en 2015, perte d'autonomie : L. n° 2015-1776, 28 déc. 2015 ; lieu de résidence : L. n° 2014-173, 21 févr. 2014.

(4) B. Louvel, Allocution d'ouverture, Dix ans de droit de la non-discrimination, colloque, Paris, 5 oct. 2015, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

(5) L. Cluzel et M. Mercat-Bruns, Discriminations dans l'emploi : analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, Doc. fr., 2011.

(6) A. Jeammeaud, La part de la recherche dans l'enseignement du droit, *Jurisp. crit.* 2010, p. 186.

(7) A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, L'ordonnancement des relations du travail, *D.* 1998. 359.

(8) *Ibid.*

(9) Au-delà des codes..., il faut puiser dans « d'autres découpages (...) notamment ceux que retient l'article 34 de la Constitution, lorsqu'il détermine la compétence réservée au législateur suivant une cartographie de sous-ensembles du droit étatique, en lesquels on peut reconnaître, par convention, des *branches* », V. A. Lyon-Caen, Quelques observations sur l'enseignement du droit, Journées scientifiques de Toulon, 21 avr. 2015, p. 3.

(10) V. A. Jeammeaud, préc.

(11) L. Favoreu, L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, *in* Mélanges L. Hamon, *Economica*, 1982, p. 235 et 244.

(12) « Depuis quelques années on constate l'application des droits fondamentaux (...) dans les relations contractuelles soumises au droit privé : c'est la reconnaissance d'un effet horizontal (...). La Cour ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation (...) d'un contrat privé, (...) en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 », CEDH 13 juill. 2004, n° 69498/01, *Pla et Puncernau*, D. 2005. 1832, note E. Poisson-Drocourt, et 2114, obs. M. Nicod; RTD civ. 2004. 804, obs. J.-P. Marguénaud. V. art. 1102 c. civ. « Le droit de choisir son contractant ne doit pas dégénérer en une discrimination portant atteinte aux valeurs universelles d'égalité et de respect (Dir. 2000/43/CE 29 juin 2000, race, origine ethnique ; Dir. 20004/113/CE 13 déc. 2004, femmes et hommes dans l'accès et fourniture de biens et services) », B. Fages, *Droit des obligations*, 2016, LGDJ, p. 79 et 148.

(13) V. O. Dutheillet de Lamothe, Les principes essentiels du droit du travail : une étape utile dans les processus de refondation du code du travail, RJS 2016. 427 ; V. chap. II L. n° 2016-1088, 8 août 2016 et les restrictions en matière de convictions religieuses en entreprise, art. L. 1321-2-1 c. trav.

(14) Art. 225-1, 225-2, 1° (biens et services) et 225-2, 4°, c. pén. ; *testing* en discothèque, V. Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.559, D. 2002. 2657, et 2003. 1309, chron. L. Collet-Askri; RSC 2002. 879, obs. J.-F. Renucci; RTD civ. 2002. 498, obs. J. Mestre et B. Fages; baux d'habitation, art. 1<sup>er</sup> L. n° 89-462, 6 juill. 1989.

(15) V. art. 21 Charte UE.

(16) M. Mercat-Bruns et J. Perelman (dir.), Les juridictions et les instances publiques dans la mise en oeuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées, Sciences Po avec l'Univ. Paris II (CERSA) et CEVIPOF, *Mission droit et justice* et Défenseur des droits, juin 2016.

(17) V. art. 1<sup>er</sup> L. n° 2008-496, 27 mai 2008 : discrimination indirecte.

(18) V. M. Mercat-Bruns, *Rapp. Mission droit et justice*, V. *supra*, note 16, p. 45-149.

(19) S'agissant de la non-discrimination, l'influence variable de la jurisprudence de la CEDH en matière de droit des personnes et droit de la famille selon les critères mobilisés (sexe, orientation sexuelle, identité sexuelle) et les questions traitées (changement de sexe, mariage, adoption, gestation pour autrui), V. *Rapp. Mission droit et justice*, préc., p. 62-84. En matière de biens et services, des vendeurs d'immeuble avaient demandé à l'agence immobilière de ne pas leur présenter d'acquéreurs étrangers, Besançon, 27 janv. 2005, n° 04/00830, D. 2006. 357, note A. Paulin; RTD civ. 2006. 303, obs. J. Mestre et B. Fages; rupture d'un contrat d'une avocate libérale enceinte : Défenseur des droits, décis. MLD/2012-148, 29 oct. 2012 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2014, n° 12-29.126 ; 9 juill. 2015, n° 14-11.415, D. avocats 2015. 392, art. C. Caseau-Roche; L. n° 2014-873, 4 août 2014 : protection de la rupture de contrat de la collaboratrice libérale enceinte.

(20) En matière de biens et services (assurances) discrimination fondée sur le sexe, CJUE 1<sup>er</sup> mars 2011, aff. C-236/09, *Test Achat*, D. 2011. 1592, note M. Robineau; AJDA 2011. 967, note L. Burgorgue-Larsen; Dr. soc. 2011. 689, étude E. Grass; RTD eur. 2012. 405, obs. F. Benoît-Rohmer; Rev. UE 2013. 313, chron. E. Sabatakakis, et 2015. 547, étude L. Allart; Prop. de Dir.



sur l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, SEC(2008) 2180, SEC(2008) 2181.

**(21)** Art. 4 L. n° 2008-496, 27 mai 2008 : aménagement de la charge de la preuve au civil.

**(22)** Art. 225-1 et 225-2 c. pén. ; Défenseur des droits, avis n° 15-23, 28 oct. 2015. Mais, en matière de biens et de services, l'interdiction récente des discriminations directes et indirectes aux autres critères changera la donne. V. *supra*, note 2, art. 86, 3°, mod. L. de 2008.

**(23)** Défenseur des droits, décis. MLD/2015-166, 19 juin 2015.

**(24)** T. corr. Nîmes, 6 nov. 2008, n° 08/00907.

**(25)** Défenseur des droits, décis. MLD/2013-117, 20 juin 2013.

**(26)** Défenseur des droits, décis. MLD/2014-183, 1<sup>er</sup> déc. 2014.

**(27)** Conditions discriminatoires pour l'ouverture d'un compte, Défenseur des droits, décis. MLD/201-302, 21 déc. 2015.

**(28)** Malgré la L. n° 2006-872, 13 juill. 2006 : Délib. la Halde n° 2010-185, 13 sept. 2010 ; V. Défenseur des droits, décis. MLD/2012-81, 24 mai 2012 ; refus d'accès au crédit : décis. MLD/2011-59, 2 sept. 2014 et décis. MLD/2013-85, 29 avr. 2013.

**(29)** Défenseur des droits, décis. MLD/2015-189, 24 juill. 2015.

**(30)** Défenseur des droits, décis. MLD/2016-007, 12 févr. 2016.

**(31)** Art. 225-3-1 c. pén. ; Défenseur des droits, décis. MLD/2012-150, 16 nov. 2012.

**(32)** <http://social-sante.gouv.fr/affaires-sociales/personnes-agees/silver-economie>.











**(33)** « Les limites d'une carte pédagogique des "matières" sont nombreuses... Cette carte rend très difficile, sinon même inaccessible, la compréhension des voies par lesquelles s'opèrent les jeux sur le droit et ses usages. Elle ne permet pas non plus de percevoir les liens qui existent entre dispositions relevant de "matières" différentes », V. A. Lyon-Caen, *préc.*, p. 4 ; V. J.-L. Fabiani, À quoi sert la notion de discipline ?, in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, EHESS, 2006, p. 11 ; S. Barbou des Places et F. Audren (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, Lextenso, coll. Contextes, à paraître (2017).

**(34)** J. Resnik, *Constructing the Canon*, *Yale Journal of Law and Humanities*, n° 2, 1990, p. 221.


**(35)** A. Lyon-Caen, *préc.*, p. 3-4.

- (36)** V. A. Jeammaud, préc., p. 186.
- (37)** F. Terré, Introduction générale du droit, Dalloz, 2012, p. 101.
- (38)** V. M. Prieur, Droit de l'environnement, Dalloz, 2016.
- (39)** V. Dossier Environnement et droit, Lettre Mission droit et justice, 2009-2010, n° 33 : « Antérieurement sous la forme d'une police environnementale, le droit a eu comme finalité "la protection de l'environnement" à partir des années 70-80 et (...) la prévention des pollutions et la réparation des dommages subis (...) Le droit de l'environnement remet en cause la hiérarchie des valeurs qui sous-tendaient les systèmes juridiques préexistants », Y. Jegouzo, p. 8.
- (40)** La L. n° 2016-1087, 8 août 2016 intègre dans le c. civ. la réparation du préjudice écologique (art. 1246 s.) ; C. Huglo, Un défi moderne : le juge judiciaire face aux nouveaux conflits dans le domaine de l'environnement, *in* Mélanges Draï, Dalloz, 2000, p. 615.
- (41)** V. Y. Jegouzo, préc.
- (42)** P. Crosemarie, Inégalités environnementales et sociales : identifier les urgences, créer les dynamiques, Avis du Conseil économique, social et environnemental, janv. 2015.
- (43)** Art. 86 L. de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.
- (44)** L. n° 2011-103, 27 janv. 2011.
- (45)** Stratégie pour l'égalité, [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/index_fr.htm).
- (46)** Obligation d'emploi, art. L. 5212-1 c. trav.
- (47)** V. Sansévérino-Godfrin, G. Rasse et E. Rigaud, Vulnérabilité, résilience et droit, *in* S. Beccerra et A. Peltier (dir.), Risques et environnement, recherches interdisciplinaires sur la vulnérabilité des sociétés, L'Harmattan, p. 103.
- (48)** Art. 8, I, L. CNIL n° 2016-1321, 7 oct. 2016 et exception II (n° 5).
- (49)** Art. L. 1142-2-1 L. n° 2015-994, 17 août 2015 ; L. n° 2016-1088, 8 août 2016, chap. II.
- (50)** L'objectif de développement durable comprend (L. n° 2016-1087, 8 août 2016) : cinq engagements parmi lesquels la cohésion sociale et la solidarité entre les territoires et les générations.
- (51)** V. [www.charte-diversite.com](http://www.charte-diversite.com).

**(52)** Y. Jegouzo, préc., p. 9 ; depuis la L. du 8 août 2016, l'art. L. 110-1 c. envir. rajoute des principes supplémentaires : solidarité écologique et de non-régression ; V. A. Michelot (dir.), Équité et environnement, quel modèle de justice environnementale ?, Larcier, 2012.

**(53)** V. la justification objective écartant la discrimination, CEDH 1<sup>er</sup> juill. 1994, n° 43835/11, *SAS c/ France*, D. 2014. 1451 , 1701, chron. C. Chassang , et 2015. 1007, obs. O. Bui-Xuan  ; AJDA 2014. 1348 , 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen , et 1866, étude P. Gervier  ; Constitutions 2014. 483, chron. M. Afroukh  ; RSC 2014. 626, obs. J.-P. Marguénaud  ; RTD civ. 2014. 620, obs. J. Hauser  ; RTD eur. 2015. 95, chron. P. Ducoulombier  ; V. les positions divergentes des avocats généraux dans les affaires pendantes sur l'interdiction du port du voile, CJUE 13 juill. 2016, aff. C-188/15 (Sharpston) ; 3 mars 2016, aff. C-147/15 (Kokott).

**(54)** Art. 56 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016.

**(55)** Sur les contrôles d'identité discriminatoires, Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 2016, n° 15-25.873, AJDA 2016. 2137 .

**(56)** L. n° 2005-32, 18 janv. 2005 sur la cohésion sociale.

**(57)** Art. 5 Dir. 2000/78/CE du Conseil, 27 nov. 2000 en matière d'emploi et travail.


**(58)** Art. 1<sup>er</sup> L. n° 2008-496, 27 mai 2008, la discrimination inclut le harcèlement lié à un critère prohibé ; V. Défenseur des droits, décis. MLD/2016-121, 20 mai 2016 : harcèlement discriminatoire à raison du handicap.

**(59)** L. n° 2012-954, 6 août 2012 ; art. 222-33, I, c. pén. ; le harcèlement sexuel et la dignité.

**(60)** L. n° 2006-340, 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale ; Décr. n° 2009-560, 20 mai 2009 : accords et plans d'action pour les salariés âgés.

**(61)** Le principe de neutralité religieuse dans l'entreprise, L. n° 2016-1087, 8 août 2016 ; art. L. 1321-2-1 c. trav.

**(62)** L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 » ; L. organique n° 2016-1690, 9 déc. 2016, relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

**(63)** P. Deumier, La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux, D. 2013. 1564 .

**(64)** L. Sarbanes-Oxley, PL 107-204 ; L. de sécurité financière n° 2003-706, 1<sup>er</sup> août 2003.

**(65)** P. Steichen, Dossier préc., p. 10.

**(66)** V. art. L. 1134-1 c. trav. ; Soc. 23 nov. 1999, n° 97-42.940, D. 2000. 466 ; Dr. soc. 2000. 589, note M.-T. Lanquetin ; 28 mars 2000, n° 97-45.258, D. 2000. 375, obs. J.-M. Lattes ; Dr. soc. 2000. 589, note M.-T. Lanquetin.

**(67)** V. art. L. 1134-5 c. trav.

**(68)** L. organique n° 2011-333, 29 mars 2011.

**(69)** *Ibid.*

**(70)** C. Radé, Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise : tous égaux, tous différents, Liaisons, 2011 ; B. Bossu, Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel : la réalisation contentieuse d'un droit fondamental, Univ. Lille, Mission droit et justice, sept. 2014 ; S. Sereno, Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, 9 déc. 2015, th. Univ. Aix-Marseille ; E. Serverin et F. Guiomard, Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité, Arrêts extrait JURICA (2007-2010), Mission droit et justice ; Rapp. annuel, Les discriminations, Doc. fr., 2008 ; La discrimination, Trav. de l'Assoc. Capitant de 2001, t. 51 (2004) ; A. Gogos-Gontrand, Les statuts des personnes : étude de la différenciation des personnes en droit, th. Univ. Paris I, IRJS 2011, p. 221 et 229.

**(71)** J. Porta, Non-discrimination, égalité et égalité de traitement, in G. Borenfreud et I. Vacarie, Le droit social, l'égalité et les discriminations, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 18.

**(72)** A. Lyon-Caen et I. Vacarie, Droits fondamentaux et droit du travail, in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, Mélanges Verdier, Dalloz, 2001.

**(73)** Ancienne magistrate de la Cour de cassation interrogée : « les discriminations syndicales font partie des combats prioritaires », Rapp. Mission droit et justice, préc., p. 93.

**(74)** V. Entretiens, Rapp. Mission droit et justice, préc., p. 93.

**(75)** V. Rapp. Mission droit et justice, préc. : discriminations après violation d'un droit syndical, de la protection de la maternité, des droits d'un salarié malade ou partant à la retraite, p. 95.

**(76)** Art. L. 1121-1 c. trav.

**(77)** Un juge de cour d'appel estime que « personne ne veut afficher sa souffrance », Rapp. Mission droit et justice, préc., p. 98.

**(78)** « La discrimination systémique est 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... Elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories », V. not., Rapp. L. Pécaut-Rivolier, Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, Rapp. sur les discriminations collectives en entreprise, Ministère du travail, Justice, Droit des femmes, Doc. fr., 2013, p. 27.

**(79)** Le contrôle de proportionnalité suppose de scruter la procédure destinée à recueillir le consentement libre et éclairé du patient âgé en fin de vie. Pour être proportionnée, la procédure doit être nécessaire, cohérente et adéquate au regard du but d'une loi (sur la sédation terminale), V. M. Mercat-Bruns, La personne au prisme des discriminations indirectes, D. 2013. 2475<sup>10</sup>; l'art. 8 suppose des obligations procédurales de l'État, V. CEDH 19 juill. 2012, n° 497/09, Koch, RTD civ. 2012. 700, obs. J.-P. Marguénaud<sup>11</sup>, et 2013. 354, obs. J. Hauser<sup>12</sup>.

**(80)** Congrès de l'académie de droit comparé, 17 nov. 2016 sur « La mise en oeuvre du droit de la non-discrimination » ; V. M. Mercat-Bruns, *Discrimination at Work : Comparing European, French, and American Law*, UC Press, 2016, <http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11>.

**(81)** Sur une discrimination fondée sur l'état de santé : indemnités de licenciement selon la cause d'inaptitude, Soc. 8 oct. 2014, n° 13-11.789, D. 2014. 2055<sup>13</sup>, et 2015. 829, obs. J. Porta<sup>14</sup>; RDT 2015. 119, obs. M. Mercat-Bruns<sup>15</sup>.

**(82)** Le test de recrutement de la gendarmerie qui détecte une fragilité psychologique est non discriminatoire, Crim. 7 juin 2016, n° 15-80.827.

**(83)** Défenseur des droits, décis. MLD/2016-003, 17 mars 2016 : refus de prise en charge de soins hospitaliers opposés par un assureur en raison du lieu de résidence.

**(84)** Défenseur des droits, décis. MLD/2016-100, 3 juin 2016 : refus discriminatoire de signer un acte notarié opposé par un notaire en raison du handicap.


**(85)** Discrimination contre un parent d'un enfant handicapé, CJCE 17 juill. 2008, aff. C-303/06, Coleman, D. 2008. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt<sup>16</sup>; AJDA 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert<sup>17</sup>; RDT 2009. 41, obs. M. Schmitt<sup>18</sup>; RDSS 2008. 865, note A. Boujeka<sup>19</sup>; RTD civ. 2008. 653, obs. J. Hauser<sup>20</sup>; CJUE 16 juill. 2015, aff. C-157/15, Chez, RDT 2016. 569, obs. N. Moizard<sup>21</sup>: discrimination à l'encontre des résidents d'un quartier habité par des Roms.

**(86)** CJCE 10 juill. 2008, aff. C-54/07, Feryn, D. 2008. 3038, obs. M. Schmitt<sup>22</sup>; RSC 2009. 197, obs. L. Idot<sup>23</sup>: déclaration discriminatoire à l'encontre des candidats maghrébins.



**(87)** CJUE 25 avr. 2013, aff. C-81/12, CNCD, D. 2013. 1137<sup>24</sup>, et 2014. 1115, obs. J. Porta<sup>25</sup>; AJDA 2013. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère<sup>26</sup>: l'apparence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à partir d'un faisceau d'indices concordants.

**(88)** Art. 62 L. de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle ; vision étroite de la causalité : « Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou

contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur ».


(89) M. Mercat-Bruns, L'identification de la discrimination systémique, RDT 2015. 672 .

(90) En cas d'abandon de poste après des propos racistes, Soc. 22 sept. 2015, n° 14-11.563.





(91) Une procédure exigeant un entretien après chaque absence produit une discrimination indirecte, Soc. 12 févr. 2013, n° 11-27.689, D. 2013. 513 , et 1026, obs. J. Porta .

(92) Art. 1<sup>er</sup> L. n° 2016-832, 24 juin 2016.


(93) Parfois liées au retour de congé maternité, Soc. 3 mars 2015, n° 13-23.521, D. 2015. 633 , et 2016. 807, obs. J. Porta ; RJS 5/2015, n° 314.



(94) CEDH 7 févr. 2006, n° 57325/00, *D.H. c/ Rép. tchèque*, AJDA 2006. 1709, chron. J.-F. Flauss .

(95) Constitue une discrimination en raison de la grossesse le fait pour une banque de verser à une *trader*, sans justification objective, des bonus en baisse les années où elle est en congé maternité, Paris, 4 mai 2016, n° 13/02154.

(96) Ségrégation sexuée des métiers et le droit à la retraite, Soc. 30 sept. 2013, n° 12-14.752, D. 2013. 2345 ; RDT 2014. 45, obs. M. Mercat-Bruns ; RTD eur. 2014. 435, obs. B. Le Baut-Ferrarese , et 440, obs. S. Adalid .

(97) Paris, 21 sept. 2015, n° 13/09687 : discrimination dans l'évolution de carrière, l'accès à la formation et examens de travailleurs étrangers.

(98) Soc. 23 mars 2016, n° 14-24.486, D. 2016. 789 : reprise de marché et congé maternité.

(99) Soc. 8 juin 2016, n° 15-11.324, D. 2016. 1259 , et 1588, chron. F. Ducloz .

(100) X. Lagarde, La procéduralisation en droit privé, *in*. C. Pigache (dir.), Les évolutions du droit : contractualisation et procéduralisation, Univ. d'été barreau de Rouen, 2004, p. 141.

(101) Liberté religieuse ou choix d'apparence physique.

(102) Les entreprises de conviction ou les entreprises attachées au principe de neutralité.

(103) L'art. L. 1133-1 c. trav. : exigence professionnelle essentielle et déterminante.



**(104)** L'exigence de neutralité d'un client d'une entreprise, V. CJUE 13 juill. 2016, aff. C-188/15, affaire pendante.

**(105)** Art. 64 L. de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle : « (...) l'action de groupe ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la réception de la mise en demeure ».

**(106)** Soc. 27 janv. 2016, n° 14-10.084, D. 2016. 807, obs. P. Lokiec ; Dr. soc. 2016. 384, obs. J. Mouly ; RDT 2016. 423, obs. N. Moizard : le licenciement pour maladie sans remplacement définitif du salarié est non discriminatoire.

**(107)** P. Legrand, À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique, RIDC, 1993, n° 45, p. 879.

**(108)** V. G. Shaffer, *Transnational Legal Process and State Change*, *Law and Soc. Inquiry* 2012, p. 229.

**(109)** A. Jeammaud, préc., p. 1.

**(110)** « L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés », Soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849, D. 2009. 2857, obs. S. Maillard, et 2010. 672, obs. J. Porta ; Dr. soc. 2010. 111, obs. C. Radé.

**(111)** Discrimination indirecte fondée sur l'origine à l'encontre d'une travailleuse domestique en situation irrégulière V. Soc. 3 nov. 2011, n° 10-20.765.

**(112)** V. *supra*, note 4.

**(113)** *Ibid.*

**(114)** V. *supra*, note 3.

**(115)** Soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489, D. 2012. 1619, 2013. 1026, obs. J. Porta, et 1235, obs. S. Laulom ; Dr. soc. 2012. 813, rapp. H. Gosselin ; RDT 2012. 496, obs. M. Miné.

**(116)** M. Mercat-Bruns, Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine, Dalloz, 2013.

**(117)** M. Mercat-Bruns, Discriminations multiples et identité au travail au croisement des questions d'égalité et de liberté, RDT 2015. 28.