

Contribution à l'étude du paradigme de la diversité en droit

Xavier Chapignat

▶ **To cite this version:**

Xavier Chapignat. Contribution à l'étude du paradigme de la diversité en droit. Droit. Université Grenoble Alpes [2020-..], 2021. Français. NNT : 2021GRALD008 . tel-03610612

HAL Id: tel-03610612
https://theses.hal.science/tel-03610612

Submitted on 16 Mar 2022

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

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

Université Grenoble Alpes

THÈSE

Pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITE GRENOBLE ALPES

Spécialité : **Droit public**

Arrêté ministériel : 25 mai 2016

Présentée par
Xavier CHAPIGNAT

Thèse dirigée par **Monsieur Xavier DUPRÉ DE BOULOIS, Professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)**

préparée au sein du **Centre de Recherches Juridiques** dans **l'École Doctorale de Sciences Juridiques**

Contribution à l'étude du paradigme de la diversité en droit

Thèse soutenue publiquement le **22 novembre 2021** devant le jury composé de :

Madame Olivia BUI-XUAN
Professeure, Université D'Evry, Rapporteure

Madame Laurence DUMOULIN
Chargée de recherche au CNRS, Université Grenoble Alpes, Examinatrice

Monsieur Xavier DUPRÉ DE BOULOIS
Professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Directeur de thèse

Madame Emmanuelle MAZUYER
Directrice de recherche au CNRS, Université Lumière (Lyon II), Présidente

Madame Marie MERCAT-BRUNS
Maîtresse de conférences HDR, Conservatoire national des arts et métiers, Rapporteure

Monsieur Serge SLAMA
Professeur, Université Grenoble Alpes, Examinateur

L'Université Grenoble Alpes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents

REMERCIEMENTS

Mes pensées reconnaissantes vont d'abord à Monsieur Xavier Dupré de Boulois qui a assuré la direction de ce travail avec bienveillance, tout en me laissant une grande autonomie. Merci d'avoir accepté d'encadrer mes recherches depuis le master 2 jusqu'à l'achèvement du doctorat.

Je remercie Mesdames Olivia Bui-Xuan, Laurence Dumoulin, Emmanuelle Mazuyer et Marie Mercat-Bruns, ainsi que Monsieur Serge Slama, d'avoir accepté de faire partie de mon jury de soutenance.

Je tiens ensuite à remercier les nombreuses personnes qui ont bien voulu donner suite à mes sollicitations, notamment à la Direction générale de l'administration et de la fonction publique, à Sciences Po Paris ou encore à l'École supérieure des sciences économiques et commerciales.

Aux collègues et amis, Ludo, Boris, Sylvain, Morgane, Jean-Pierre, Kévin, Nicolas, Emilio et Estelle, merci pour votre présence et votre aide. Un grand merci en particulier à Romain pour son précieux soutien et pour avoir partagé avec moi quelques sorties valentinoises. Je remercie également chaleureusement Madeleine et Joseph, ainsi que Sylvie et Bernard pour leurs gentilles attentions.

Unis par des centres d'intérêt très éloignés de la recherche en droit, j'adresse un salut complice à Nathan, Léonard, Pascal, Cyril, Rémy, Ilona, Jimmy, Hugo et tous les autres. Merci de m'avoir permis de me changer les idées et de m'avoir beaucoup appris ces dernières années !

Tous mes remerciements vont aux enseignants de collège qui m'ont soutenu malgré les doutes initiaux sur ma capacité à faire de longues études et auxquels j'exprime ici ma reconnaissance.

Sans les avoir rencontrés, je voudrais aussi rendre hommage aux compagnons de route qui m'ont inlassablement donné le rythme au fil des jours : Iron Maiden, Queen, Florence and the machine, Bruce Springsteen, Dire Straits, Molly Hatchet, Hans Zimmer, Foo Fighters, Pandora Journey, Gotthard, Lynyrd Skynyrd, Poets of the Fall, Within Temptation et bien d'autres.

Plus fondamentalement, quelques lignes ne sauraient rendre justice et exprimer toute la gratitude que je porte à mes parents et à ma sœur pour leur soutien inconditionnel et pour n'avoir jamais douté de moi.

À Ophélie, pour sa patience et sa présence providentielle.

Thèse à jour au 31 décembre 2021

Ce travail a été amendé à la marge pour tenir compte des remarques formulées par les membres du jury lors de la soutenance.

TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ADS	Adjoint de sécurité
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
AFEP	Association française des entreprises privées
AFNOR	Association française de normalisation
AGEFIPH	Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées
AJCT	Actualité Juridique des Collectivités Territoriales
AJDA	L'actualité juridique. Droit administratif
AJFP	Actualité Juridique de la Fonction Publique
al.	alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
AN	Assemblée nationale
anc.	anciennement
ANCT (ex. CGET)	Agence nationale de la cohésion des territoires (ex. Commissariat général à l'Égalité des territoires)
ANDRH (ex.ANDCP)	Association nationale des directeurs des ressources humaines (ex. Association nationale des directeurs et cadres de la fonction personnel)
AP	Assemblée plénière de la Cour de cassation
APD	Archives de philosophie du droit
APEC	Association pour l'emploi des cadres
API	Autorité publique indépendante
art.	article(s)
ass.	Assemblée
auj.	aujourd'hui
BMIS	Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly
c.	contre
C. com.	Code de commerce
c. éduc.	Code de l'éducation

c. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CARSED	Commission alternative de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations
CAS	Conseil d'analyse de la société
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CCE	Communication commerce électronique
CCP	Code de la commande publique
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEP	Convention d'éducation prioritaire
CESE	Conseil économique, social et environnemental
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGE	Conférence des grandes écoles
ch.	chambre
chron.	chronique
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
com.	commentaire
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
COMEDD	Comité pour la mesure et l'évaluation de la diversité et des discriminations
concl.	conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales
CPGE	Classe préparatoire aux grandes écoles
CPI	Classe préparatoire intégrée
CS	Cour suprême
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel

CSESS	Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire
CSRD	*Corporate Sustainability Reporting Directive* (Directive sur les rapports de durabilité des entreprises)
D.	Recueil Dalloz
DA	Revue de droit administratif
DDD	Défenseur des droits
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
DGAFP	Direction générale de l'Administration et de la Fonction publique
DGEFP	Délégation générale à l'Emploi et à la Formation professionnelle
dir.	Sous la direction de
DS	Revue Droit social
Dsoc.	Droit des sociétés
Éd. ou éd.	Éditions
et *al*.	et autre(s)
ex.	exemple
FACE	Fondation Agir contre l'exclusion
GP	La Gazette du Palais
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
GRI	Global reporting initiative
HALDE	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
ibid.	*ibidem*
ISO	International Organization for Standardization
ISR	Investissement socialement responsable
JCPA	La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales
JCPE	La semaine juridique. Entreprises
JCPG	La semaine juridique. Édition générale
JDI	Journal du droit international
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
LRDH	La revue des droits de l'homme
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
NBP	note de bas de page
not.	notamment

obs.	observations
opere citatio	op. cit.
ord.	ordonnance
OTI	Organisme tiers indépendant
p.	Page
PACTE	Parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et de l'État
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
pt.	point(s)
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
QPV	Quartier prioritaire des politiques de la ville
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RdS	Revue des sociétés
réed.	réédition
REP	Réseau d'éducation prioritaire
req.	requête
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFS	Revue française de sociologie
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RIPC	Revue internationale de politique comparée
RISA	Revue internationale de science administrative
RISS	Revue internationale des sciences sociales
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RSO	Responsabilité sociale des organisations
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
sect.	Section
SNP	Société nationale de programme
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
spéc.	spécialement
SSL	Semaine sociale Lamy
ssr.	sous-sections réunies
suiv.	suivant
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TEPP	Théorie et Évaluation des Politiques Publiques (ex. Travail, Emploi et Politiques Publiques)
TGI	Tribunal de grande instance
trad.	Traduction
V.	voir
vol.	volume
ZRR	zone de revitalisation rurale

SOMMAIRE

PARTIE 1 – UN DROIT DE LA RÉGULATION.....55

TITRE 1 – LES DÉTERMINANTS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION.....57
CHAPITRE 1 – LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION...61
CHAPITRE 2 – LE FONCTIONNEMENT D'UN DROIT DE LA RÉGULATION.....133

TITRE 2 – LES IMPLICATIONS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION.....215
CHAPITRE 1 – LES TERMES D'UNE COHABITATION.....217
CHAPITRE 2 – UNE SOURCE DE TENSIONS.....283

PARTIE 2 – UN DROIT DIFFÉRENCIALISTE 347

TITRE 1 – LA COMPENSATION DES INÉGALITÉS.....353
CHAPITRE 1 – LES FORMES DE LA COMPENSATION.....357
CHAPITRE 2 – LA PORTEE DE LA COMPENSATION.....401

TITRE 2 – LA PRÉVENTION DES DISCRIMINATIONS 467
CHAPITRE 1 – LA GESTION PROCÉDURALE DU RISQUE DISCRIMINATOIRE.....475
CHAPITRE 2 – LA GESTION INCLUSIVE DU RISQUE DISCRIMINATOIRE.....547

INTRODUCTION

1. Des *émoji* plus « divers » ? Des Lego aux couleurs LGBT+ ? En quelques années, le thème de la diversité est devenu omniprésent dans la société, jusque dans les outils de communication, les vitrines des magasins de jouets… et le droit. Si cette thématique interroge, ce n'est pas seulement en raison de cette actualité. C'est aussi qu'elle mène à un triple questionnement à la fois sur la signification de la diversité (§ 1), sa vocation (§ 2) et sa traduction juridique (§ 3). Le premier concerne la nature, le contenu et les frontières de cette diversité envisagée ici comme objet d'étude dans le champ juridique. Le deuxième s'attache aux problèmes auxquels elle renvoie et aux mesures qui cherchent à y répondre. Le troisième et dernier questionnement constitue le but de cette thèse. Il a trait à la traduction juridique de la diversité en droit positif.

§ 1 – La signification de la diversité

2. **Plan –** L'observation de la diversité comme objet du droit s'ouvre sur plusieurs constats (A). Ces derniers invitent à poursuivre les investigations (B) pour déterminer l'approche de la diversité retenue dans ce travail (C).

A – Constats

3. **Impressions premières : fécondité –** La fortune du terme diversité dans l'ordre juridique français est assez prolifique. Ce mot a de nombreuses occurrences dans les différentes branches du droit. Une brève recherche sur Légifrance avec l'entrée « diversité » renvoie plus de 23 000 résultats[1]. Une profusion analogue peut être constatée sur la base de données Eur-lex[2]. Au premier abord, la diversité apparaît donc comme un terme fécond.

4. **Impressions secondes : diversité –** Une lecture thématique n'est pas moins riche. Le mot semble renvoyer à des personnes physiques ou à des personnes morales. Sous cet angle « *ratione personae* »[3], le Code de l'éducation mentionne par exemple la « *diversité des élèves* »[4]. À plusieurs reprises, la loi relative à la liberté de communication énonce également

[1] Toutes catégories confondues au 31 décembre 2021.
[2] Près de 10 000 résultats dans la catégorie « actes juridiques » au 31 décembre 2021.
[3] C. MARZO, « La citoyenneté européenne, instrument de la réception du concept de diversité en droit de l'Union européenne ? » *in* P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 141.
[4] V. par ex. art. D. 332-5 et L. 311-1 c. éduc.

la représentation de « *la diversité de la société française* »[5] parmi les exigences incombant au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et aux éditeurs de services. Concernant les personnes morales, le droit fait référence à la « *diversité des communes* »[6], à la « *diversité* [des] *établissements* »[7], qu'il s'agisse d'établissements d'enseignement ou commerciaux. Le droit positif concerne aussi souvent ce qui ressemble à des matières de la diversité. « *Rationae materiae* »[8], la diversité est « *culturelle* »[9], « *linguistique* »[10], mais elle est aussi celle « *des paysages* »[11], « *des territoires* »[12] ou encore de la « *biodiversité* »[13]. Quelques occurrences sont plus insolites, comme « *la diversité du patrimoine zoogénétique* »[14], « *des systèmes de production agricole* »[15] ou bien celle « *des fonctions urbaines* »[16]. Il arrive aussi fréquemment que le mot soit employé seul. Ainsi, certaines sociétés doivent établir « *une description de la politique de diversité* »[17] qu'elles appliquent à leurs organes dirigeants. La diversité se lit également parfois au pluriel. Certains établissements dressent « *une déclaration* [qui] *comprend notamment des informations relatives* [à leurs] *actions visant à* […] *promouvoir les diversités* »[18]. Au-delà de ce constat de la diversité des occurrences de la diversité, un doute existe sur la portée de ce mot. La part respective de ce qui est descriptif et de ce qui est construit semble très inégale dans ces exemples. La diversité en question n'y est pas définie. Ces observations invitent à explorer l'objet diversité.

B – Exploration

5. Plan – La déconstruction de la diversité doit être regardée comme une étape de son appréhension comme objet d'étude. Les usages communs de ce terme permettent d'en définir

[5] V. art. 3-1, 20-1 A, 43-11, 44, 45-2, 48, *loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. V. aussi art. L. 1412-3-1 c. de la santé publique.
[6] Art. L. 280 c. électoral.
[7] Art. D. 232-7 et L. 614-1 c. éduc ; art. R. 711-59 c. com.
[8] C. MARZO, « La citoyenneté européenne […], *op. cit.*, p. 141.
[9] V. par ex. art. L. 42 c. des postes et des télécommunications.
[10] V. par ex. art. L. 42 c. des postes et des télécommunications ; art. L. 312-9-2 c. éduc.
[11] V. par ex. art. L. 141-1, 2° c. rural et de la pêche maritime ; art. L. 371-1, 6° c. de l'environnement.
[12] V. par ex. loi n° 2019-809 du 1er août 2019 *visant à adapter l'organisation des communes nouvelles à la diversité des territoires*.
[13] V. par ex. art. L. 111-2, 10° c. rural ; art. L. 101-2, 6° c. de l'urbanisme ; art. L. 1111-9, 2° CGCT.
[14] V. par ex. art. L. 653-14, al. 1er c. rural et de la pêche maritime.
[15] V. par ex. art. L. 813-1, al. 2 c. rural et de la pêche maritime.
[16] V. par ex. art. L. 101-2 c. de l'urbanisme.
[17] Art. L. 22-10-10, 2° c. com.
[18] Art. L. 225-102-1, III, al. 2 c. com.

plus nettement les contours (1). Il faut aussi songer à la manière dont il se conjugue avec un ensemble d'autres notions (2). Ces enseignements éclairent les propriétés de la diversité (3).

1 – Les mots de la diversité

6. Étymologie – Un détour étymologique enseigne que le terme diversité est emprunté au latin « *diversitas* » qui signifiait au XII^e^ siècle « *divergence, contradiction* » et « *variété, différence* »[19], puis « *singularité, choses diverses* »[20] au XV^e^. Le mot « divers » signifiait quant à lui « *allant dans des directions opposées* », d'où « *opposé, différent de, hésitant* », puis « *varié* » et au pluriel, « *quelques, plusieurs* »[21]. Jusqu'au XVI^e^ siècle, il est un synonyme de « *singulier, bizarre* »[22], de « *différent* »[23] ou encore de « *méchanceté* »[24]. Le mot « *mescheant* » au XII^e^ siècle a le sens de « *malchanceux* », d'où « *meschanceté* », la « *malchance* » jusqu'au XVI^e^ siècle[25]. La signification de divergence et de contradiction s'est maintenue plus longtemps, bien qu'elle soit désuète aujourd'hui[26]. Par extension, et dans un sens péjoratif, l'expression de faits divers désigne « *les évènements du jour (ayant trait aux accidents, délits, crimes) sans lien entre eux, faisant l'objet d'une rubrique dans les médias* »[27]. P. Bourdieu disait aussi des faits divers que « *ce sont des faits qui font diversion* »[28]. Avec A. Junter et R. Sénac, ces définitions peuvent être lues non seulement comme le reflet sur l'« *état de la langue française classique et du bon usage littéraire entre le XVII^e^ et le XIX^e^ siècle, mais aussi, comme une manière de décoder les ambivalences des formes contemporaines de la diversité* »[29]. La diversité aurait donc partie liée avec les différences, les divergences, les oppositions, mais aussi la malchance ou tout au moins l'inégalité des chances[30]. Ces significations historiques invitent à penser la manière dont la référence à la diversité s'intègre au système juridique et plus largement au vocabulaire utilisé sur la scène publique. Comme l'ont relevé des auteurs, « *quand*

---

[19] A. REY (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, 3^e^ éd., 2000, p. 662.
[20] F. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX^e^ au XV^e^ siècle*, Paris, F. Vieweg, t. 2, 1883, p. 731.
[21] ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Éd. Julliard, 9^e^ éd., 1994, p. 1551.
[22] F. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne […]*, *op. cit.*, p. 730.
[23] *Ibid.*
[24] J. B. DE LA CURNE DE SAINTE-PALAYE, *Dictionnaire historique de l'ancien langage françois ou Glossaire de la langue françoise depuis son origine jusqu'au siècle de Louis XIV*, Niort, L. Favre, 1878, p. 215.
[25] F. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX^e^ au XV^e^ siècle*, Paris, E. Bouillon et F. Vieweg, t. 5, 1888, p. 270.
[26] A. REY (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, 3^e^ éd., 2000, p. 662.
[27] P. ROBERT, J. REY-DEBOVE, A. REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2010, p. 762.
[28] G. MOSNA-SAVOYE, « Un week-end dans les Cévennes », *France Culture*, 17 mai 2021.
[29] A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « Chapitre 8. La diversité : sans droit ni obligation » *in* F. MILEWSKI, H. PERIVIER (dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, Paris, PFNSP, 2011, p. 201.
[30] *Ibid.*

on l'ouvre, le baluchon "diversité" déballe en vrac tous les principes, toutes les références, tous les objectifs : lutte contre les discriminations, promotions de l'égalité des chances, multiculturalisme »[31]. Il sera donc intéressant d'explorer les relations et les combinaisons que l'objet diversité, entendu dans sa dimension humaine, entretient avec quelques-unes de ces notions.

7. Sémantique – Dans un sens contemporain, la diversité désigne le « *caractère, l'état de ce qui est divers* »[32]. Il est dérivé de l'adjectif divers, « *qui présente plusieurs aspects, plusieurs caractères différents, simultanément ou successivement* »[33] ou encore « *qui présente des différences intrinsèques et qualitatives, en parlant de choses que l'on compare* »[34]. Selon le Petit Robert, la diversité a pour synonyme la « *multiplicité* », la « *pluralité* », la « *variété* », mais aussi l'« *hétérogénéité* » et la « *richesse* »[35]. Elle s'oppose à la « *concordance* », la « *ressemblance* », la « *monotonie* » ou encore à l'« *uniformité* », mais aussi à l'« *égalité* »[36]. Ces enseignements indiquent qu'elle est tout à la fois affaire de reconnaissance et de rapprochement, voire de comparaison. « *La diversité des formes, des couleurs. La diversité des goûts, des opinions. La diversité des religions. Il y a une très grande, une infinie diversité dans les caractères* »[37] mentionne pour exemple le Dictionnaire de l'Académie française. Par suite, la diversité implique un principe de non-unité, parfois sous-tendu par un référentiel de comparaison[38].

8. Suivant cette lecture, la diversité apparaît comme « *un fait qu'on ne peut nier* »[39]. Elle semble s'imposer à l'œil nu : les individus, les espèces, la flore, la géographie, le climat, les milieux, les métiers, les institutions, les religions ou même les normes juridiques. Dans sa dimension humaine, elle semble renvoyer à l'« *intarissable varietas du corps social* »[40], à ce

---

[31] V. DE RUDDER, F. VOURCH', « Évanescente diversité » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al*., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 170.
[32] P. ROBERT, J. REY-DEBOVE, A. REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2010, p. 762.
[33] *Ibid.*
[34] *Ibid.*
[35] *Ibid.*
[36] *Ibid.*
[37] ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Éd. Julliard, 9e éd., 1994, p. 1552.
[38] F. DHUME, « Petit lexique historique et points d'ancrage problématiques. Racisme, diversité, ethnicité, intégration, discrimination… », *Diversité Ville École Intégration*, HS 2009, p. 20.
[39] M. GIRAUD, « "Diversité". Le piège des mots, la dérive des idées » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al*., *Le retour de la race […], op. cit*., p. 70.
[40] M. G. BRUNA, Z. YANAT, J. –P. TCHANKAM, « Justice organisationnelle et politiques de diversité : une esquisse de réflexion managériale sous le prisme lévinassien », *Question(s) de management*, no 22, 2018, p. 89.

que des auteurs ont appelé un « *consortium d'individualités* »[41]. Les critères de diversité paraissent alors aussi indénombrables qu'infinis : physiques et physiologiques, sociaux, religieux, politiques, linguistiques, culturels, etc.[42]. C'est dans cet ordre d'idées que le Conseil constitutionnel a jugé que le fait d'étendre à l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie un régime électoral de représentation proportionnelle n'était pas contraire à la Constitution « *compte tenu* […] *de la diversité ethnique de ce territoire* »[43]. En toute logique, les critères de diversité sont fonction de l'époque, de l'espace et des systèmes culturels dans lesquels ils s'inscrivent[44]. À cet égard, la locution « *polysémique et plurivalente* »[45] de diversité contraste avec le sens commun dont elle est affublée sur la scène publique qui semble lui conférer une signification compréhensible par chacun[46]. Si l'accord national sur la diversité (ANI) relatif à la diversité signé en 2006 évoque la « *réalité de la diversité* »[47], celle-ci reste difficile à saisir, quand bien même il s'agirait d'« *une vérité d'évidence d'un point de vue géographique, sociologique, humain, historique, économique ou politique* »[48] comme l'a affirmé le comité de réflexion sur le préambule de la Constitution présidé par S. Veil. Cette indétermination explique qu'elle est souvent précisée à l'aide de périphrases, de synonymes ou de qualificatifs, à l'instar de l'extrait ci-dessus. Dans l'ANI, le terme est explicité par la différence, le but de l'accord étant que soient « *acceptées* […] *toutes les différences* »[49].

9. Il est également coutumier de voir la diversité présentée comme une richesse, souvent par analogie avec la nature. La diversité serait aussi indispensable que la biodiversité à l'environnement[50]. Utilisée en biologie pour qualifier un écosystème, la notion de diversité telle qu'elle est définie dans le Code de l'environnement se rapporte à un ordre de grandeur en

---

[41] *Ibid.*
[42] S. LAACHER, « La notion de "diversité", ou comment dépolitiser le politique » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al.*, *Le retour de la race […]*, *op. cit*., p. 203.
[43] Cons. const., 12 janvier 1983, nº 82-151 DC, *Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'élection des conseils municipaux dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et de la Polynésie française*, cons. 3.
[44] S. LAACHER, « La notion de "diversité" […] », *op. cit*., p. 203.
[45] M. G. BRUNA, « Diversité dans l'entreprise : d'impératif éthique à levier de créativité », *Management & Avenir*, nº 43, 2011, p. 204.
[46] F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discriminations, diversité et race : les mots et les concepts » *in* F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), *Diversité et discriminations raciales : Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 5.
[47] Al. 3, préambule, *ANI relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[48] S. VEIL, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, 2008, p. 52.
[49] Al. 6, préambule, *ANI relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[50] F. Cocuelle, alors présidente nationale du Centre des jeunes dirigeants citée par A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 334. V. aussi art. 1er, *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001.

rapport avec le nombre des espèces et le nombre des individus de chacune d'entre elles sur un territoire donné[51]. Malgré le caractère un peu hasardeux de ce genre de comparaison, ce détour par les sciences du vivant est éclairant[52]. Dans les sciences naturelles, l'évaluation de la diversité des espèces est un indicateur de l'état d'un écosystème. La disparition de certaines d'entre elles et les déséquilibres qui en découlent font l'objet d'un suivi constant. Des efforts sont consentis pour protéger la biodiversité, y compris au moyen d'instruments juridiques[53]. Ces dispositifs visent à la fois à réduire les causes de la disparition des espèces et à réintroduire celles qui peuvent encore l'être pour que le milieu retrouve un équilibre. Or, « *cette double dynamique de protection de la diversité du milieu, d'une part, et de réintroduction de composantes disparues de la diversité d'autre part, est étonnamment assez similaire à ce qui se fait – ou du moins pourrait être fait – en matière de respect de la diversité humaine* »[54].

10. Le point de vue des juristes – Pour l'heure, il est manifeste que l'objet diversité ne se laisse pas facilement apprivoiser. La doctrine en convient dans le champ du droit. L'entrée « diversité » est absente de la plupart des dictionnaires ou lexiques juridiques, ce qui semble la reléguer hors des travaux doctrinaux[55]. À vrai dire, peu de juristes s'y sont intéressés et ceux qui l'ont fait sont circonspects face à ce terme, son contenu et sa force juridique. L'utilisation de guillemets par de nombreux auteurs pour l'évoquer témoigne de leurs hésitations, voire de leurs défiances. Une manifestation de leurs embarras est perceptible dans les hésitations qui caractérisent les qualifications qu'ils donnent ce terme : « *concept* »[56],

[51] V. la définition donnée à l'art. L. 110-1, I, al. 3, c. environnement.
[52] Sur ces réserves, v. par ex. I. BARTH, C. FALCOZ, « Introduction » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p.18.
[53] V. par ex. M. COMBE, *Instruments économiques et protection de la biodiversité : analyse juridique des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux*, Lyon, Thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin, 2020.
[54] M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018, p. 1-2, spéc. p. 2.
[55] À l'exception de M. PEYRONNET, « Diversité » *in* D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 126-8.
[56] V. par ex. M. SWEENEY, *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010, p. 625.

« *notion* »[57], « *référentiel* »[58], « *paradigme* »[59], « *principe* »[60], « *valeur* »[61], « *idée* »[62] voire « *discours* »[63]. En outre, ces choix terminologiques sont rarement explicités[64]. La doctrine est unanime pour reconnaître que la diversité est un terme qui « *ne se lit pas si simplement* »[65], au caractère « *obscur* »[66], « *imprécis* »[67], « *incertain* »[68] et « *protéiforme et diffus* »[69]. La diversité est une locution « *indéterminée* »[70], voire « *absconse* »[71], assurément « *floue* »[72]. Les institutions partagent ce constat. Pour la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), « *la diversité* [est] *une notion complexe à définir et à délimiter* »[73] qui « *ne qualifie pas ce dont on parle* »[74]. Elle « *ne fait que constater l'absence de caractéristique particulière. Elle réfère à une dispersion statistique et à une moyenne* »[75]. Plus récemment, le CSA a reconnu « *certaines difficultés conceptuelles propres à la définition de la notion de*

---

[57] V. par ex. E. AUBIN, *Fonction publique : contentieux du recrutement*, Dalloz, Répertoire de contentieux administratif, 2014, § 74 ; G. KOUBI, « La notion de "diversité" en application pour une entrée dans la fonction publique... », *Droit cri-Tic*, 2 juillet 2012 ; B. GAURIAU, « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *DS*, nº 11, 2008, p. 1060-4.

[58] V. par ex. F. AST, « La notion de diversité et son appréhension par le Défenseur des droits » *in* P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Le concept de diversité […]*, *op. cit.*, 2015, p. 114.

[59] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, p. 16 ; S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, p. 287.

[60] V. par ex. H. GUYOT, « La diversité dans l'entreprise », *JCP S*, nº 16, 2012, p. 13-7.

[61] V. par ex. G. CALVES, « Mesurer les discriminations, mesurer la "diversité" ? » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al*., *Le retour de la race […]*, *op. cit*., p. 191. L'auteure évoque aussi un « *idéal* » *in* « Inégalités et justice sociale : le piège de la "diversité" » *in* V. PEILLON (dir.), *Inégalités et justice sociale. Débats et défis contemporains*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2008, p. 180.

[62] G. KOUBI, « Label "diversité". La promotion de la discrimination active », *Droit cri-Tic*, 4 mars 2009.

[63] P. –Y. VERKINDT, « L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale », *SSL*, nº 1287, 2006, p. 6-9 ; F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discriminations […] », *op. cit*., p. 3.

[64] Néanmoins, en sociologie v. A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « Chapitre 8. La diversité […] », *op. cit*., p. 212 ; M. WIEVIORKA, *Rapport à la Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche sur La Diversité*, Paris, Robert Laffont, 2008, p. 19.

[65] G. KOUBI, « La lettre annexée : retour à l'antienne de la "diversité" », *Droit cri-Tic*, 10 avril 2008.

[66] F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discriminations […] », *op. cit*., p. 5.

[67] F. FAVENNEC-HERY, « Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise », *JCP S*, nº 47, 2006, p. 7-10, § 5.

[68] G. KOUBI, « Une réforme annoncée du concours ENM », *Droit cri-Tic*, 23 février 2008.

[69] F. AST, « La notion de diversité […] », *op. cit.*, p. 121.

[70] G. KOUBI, « Une notion de "parti politique" à réviser... au prisme d'un label à venir de la "diversité" », *Droit cri-Tic*, 16 décembre 2008.

[71] G. KOUBI, « La diversité à l'aune de l'argent versé Arr. 20 mai 2010 — mise en place d'une classe préparatoire intégrée pour l'accès aux concours externes de recrutement des élèves conservateurs du patrimoine », *Droit cri-Tic*, 29 mai 2010.

[72] V. MANIGOT, *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise : réflexions sur un risque*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 17, NBP nº 106.

[73] HALDE, *Des pratiques pour l'égalité des chances. Que répondent les entreprises à la Halde ?*, nº 4, 2010, p. 45.

[74] HALDE, CONSEIL NATIONAL DE L'HABITAT, *Conférence de consensus sur la diversité sociale dans l'habitat*, 2007, p. 6.

[75] *Ibid*., p. 6.

diversité »[76], là où la CNCDH la qualifie tout simplement de « *mystérieuse* »[77]. Elle semble confirmer la loi d'Aristote selon laquelle « *ce qu'un terme gagne en extension, il le perd en compréhension* »[78]. D'ailleurs, la difficulté définitionnelle semble être une constante dans les autres champs scientifiques, comme en sciences de gestion[79], en sociologie et en sciences politiques[80]. Plus encore, cette indétermination a pour effet de favoriser la formulation de définitions isolées, les locuteurs de la diversité étant tentés de combler ses vides en fonction de leur point de vue. Or, comme le rappelle G. Koubi, la seule définition recensée dans un texte juridique est celle de diversité culturelle, énoncée dans la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles[81].

11. Si tous s'accordent à reconnaître l'indétermination de ce mot, d'aucuns émettent des réserves, voire une certaine défiance à son égard. J. Charruau assimile la diversité et d'autres mots du débat public à des référentiels « *fétichistes* […] *car* [ils] *reviennent de façon récurrente dans le débat public, comme si les pouvoirs politiques leur portaient une admiration quelque peu exagérée* »[82]. Selon F. Favennec-Héry, il se pourrait que le terme soit « *galvaudé* »[83] ou en tout cas « *grevé d'un certain nombre d'ambiguïtés* »[84] pour G. Calvès. D'autres, comme G. Koubi ou D. de Béchillon, se montrent plus intransigeants à l'égard d'une locution « *insidieuse et trompeuse* »[85], voire « *dangereuse* »[86]. Dans certaines circonstances, ces réserves ont parfois pris la forme d'un débat pour ou contre l'usage de ce terme[87]. En définitive, la diversité semble

---

[76] CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2015*, 2016, p. 6.
[77] CNCDH, *Avis sur le projet de loi « Égalité et citoyenneté »*, *JORF* nº 0024 du 28 janvier 2017, texte nº 67.
[78] J. –L. AUTIN, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 44.
[79] V. par ex. P. BANON, *Réinventions les diversités : pour un management éthique des différences*, Paris, First Éd., 2013, p. 65-6.
[80] V. par ex. M. –S. ABOUNA, P. BRUNO, « Réception et représentations de la notion de diversité : perspective » *in* P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Le concept […]*, *op. cit.*, p. 5 ; L. BERENI, A. JAUNAIT, « "Usages de la diversité" », *Raisons politiques*, nº 35, 2009, p. 5.
[81] Art. 4, *Conv. sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005. V. G. KOUBI, « Rentrée universitaire 2009-2010 — Cours : "Droit et Diversité" — ajouter "culturelle" ! ... à l'attention des étudiants du Master 1 Droit comparé, Paris 8 — 1er semestre », *Droit cri-Tic*, 30 septembre 2009.
[82] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Angers, Thèse de doctorat en droit, Université d'Angers, 2017, p. 281.
[83] F. FAVENNEC-HERY, « Vers un accord national […] », *op. cit.*, p. 1914, § 5.
[84] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 69.
[85] G. KOUBI, « Rentrée universitaire 2009-2010 […] », *op. cit.*
[86] F. Mélin-Soucramanien *in* D. BECHILLON (de), B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Faut-il actualiser le préambule de la Constitution ? », *Constitution*, nº 2, 2012, p. 247-61.
[87] V. par ex. G. CALVES, « Inégalités et justice sociale […] », *op. cit.*, p. 178-93 ; Y. SABEG, « Interview » *in* P. DION, « Lutter contre les discriminations : séminaire national 7 octobre 2009 », *Bulletin de diversité : ville école intégration*, HS nº 11, 2009, p. 7-8.

soulever plus de questions qu'elle n'en résout. Cette observation invite à prolonger l'exploration.

2 – La grammaire de la diversité

12. Position du problème – Si la diversité est si difficile à saisir, c'est aussi parce qu'en tant qu'objet du droit, mais aussi objet de discours, elle peut renvoyer à de multiples aspects. Ces derniers ne se limitent pas au droit, mais traversent différents champs scientifiques[88]. En particulier, la difficulté de la distinguer d'autres notions procède de sa définition évanescente qui les embrasse, se confond avec elles ou les déborde. Ce caractère lui confère une grande ambiguïté, renforcée par sa versatilité en fonction des contextes et de ses locuteurs. Il n'est pas clairement arrêté et d'autres expressions semblent parfois s'y substituer indifféremment. À ce stade, il est proposé d'explorer les principales lignes de force de la diversité à partir d'une analyse de ses rapports signifiants avec d'autres notions.

13. L'égalité – *A priori*, si la diversité s'apparente couramment à l'hétérogénéité, à la variété ou encore à la pluralité, la diversité et l'égalité « *semblent appartenir à des registres différents, l'égalité n'impliquant pas plus la diversité que la diversité n'impliquerait nécessairement l'égalité* »[89]. En effet, la diversité paraît s'opposer à l'indifférence, à l'absence de toute prise en compte des singularités. Dans le cadre juridique, elle irait donc à rebours de la dogmatique juridique traditionnelle de l'égalité. En effet, l'héritage de la Révolution a laissé de l'égalité une conception formelle et abstraite. Pour les révolutionnaires, les droits sont inhérents à la nature humaine, par essence abstraite et commune à tous les individus. C'est cette idée qu'exprime l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) en établissant que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». L'égalité des droits fonde l'appartenance à la société politique, les citoyens se voyant reconnaître des droits identiques, quels que soient leur position sociale, leur origine, leur religion ou leur sexe[90]. L'universalité de la règle de droit, soit « *le principe selon lequel* [elle] *doit s'appliquer à tous, sans distinction* »[91] est perçue comme le fondement et la condition de l'égalité des droits. Selon l'article 6 de la DDHC, la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle*

[88] V. not. S. POINT, « La diversité des définitions de la diversité : comparaisons européennes » *in* I. BARTH, C. FALCOZ, *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 233.
[89] L. BONNARD-PLANCKE, P. –Y. VERKINDT, « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *DS*, nº 11, 2006, p. 968-80.
[90] V. not. J. –J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, p. 72.
[91] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 3.

punisse. Tous les Citoyens [sont] *égaux à ses yeux* ». L'universalité se traduit généralement par une formulation neutre de la règle de droit, du type « toute personne », « tout individu », « nul », « chacun », etc. Par conséquent, traditionnellement, le droit ne peut concerner une catégorie d'individus ou un territoire en particulier. Il régit le « *peuple composé d'individus semblables, interchangeables car considérés dans leur plus pure abstraction* »[92]. La République « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* » énonce l'article Premier de la Constitution. La généralité de la règle de droit « *exige de l'État et de chacun l'in-différence* »[93]. À la lumière de ce qui précède, la diversité semble symptomatique de la recherche de nouvelles manières d'envisager les rapports sociaux et juridiques à l'égard des différences. Cependant, si égalité et diversité ne paraissent pas se situer sur un même plan, la diversité est souvent associée à l'égalité des chances[94]. F. Favennec-Héry analyse cette convergence dans l'ANI relatif à la diversité comme visant à « *reconnaître les différences, les identifier, adopter une démarche visant à les compenser* »[95]. Ainsi, avec l'égalité des chances, la diversité donnerait à voir une autre conception de l'égalité, plus modulable, plus concrète.

14. Mixité sociale, minorités visibles, « super-diversité » – Appuyée sur cette idée de différence, la diversité n'est pas non plus sans rappeler l'objectif de mixité sociale qui est utilisé dans le Code de la construction et de l'habitation afin de permettre « *l'accès à l'ensemble des secteurs d'un territoire de toutes les catégories de publics éligibles au parc social, en facilitant l'accès des personnes handicapées à des logements adaptés et en favorisant l'accès des ménages dont les revenus sont les plus faibles aux secteurs situés en dehors des quartiers prioritaires de la politique de la ville* »[96]. Sur ce point, le Défenseur des droits souligne que la mixité sociale s'appuie parfois de façon informelle sur des critères ethno-raciaux[97].

---

[92] *Ibid*., p. 40.
[93] G. KOUBI, « Le droit à l'in-différence, fondement du droit à la différence » *in* N. ROULAND (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 278.
[94] V. par ex. N. SARKOZY, *Déclaration sur une politique en faveur de l'égalité des chances et de la promotion de la diversité*, Palaiseau, École Polytechnique, 17 décembre 2008.
[95] F. FAVENNEC-HERY, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *DS*, n° 1, 2007, p. 3-7.
[96] V. art. L. 441 c. construction et de l'habitat. Sur ce sujet, v. par ex. V. E. DESCHAMPS, « Approche critique et juridique des normes relatives à la mixité sociale », *Informations sociales*, 2005, n° 125, p. 58 ; T. KIRSZBAUM, *Mixité sociale dans l'habitat, Revue de la littérature dans une perspective comparative*, HALDE, Études et recherches, 2008.
[97] DDD, *Rapport discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 74.

15. Ce rapport ethno-racial convoque la notion de minorité visible importée du Canada, à laquelle la diversité a souvent été assimilée[98]. Les minorités visibles désignent essentiellement les groupes d'individus identifiables par une gamme de caractéristiques visibles et donc très subjectives, telles que la couleur de la peau, le nom ou les signes qui peuvent être rattachés à une origine présumée. En France, ce vocable tend à se polariser sur les personnes originaires d'une immigration non européenne et des DROM-COM et leurs descendants[99]. Dans ce contexte, le mot diversité tend à être employé comme un « *synonyme "d'ethnicité"* »[100]. Néanmoins, le périmètre de ce qui est « ethnique » est discuté par les démographes[101]. Il varie de quelques dizaines de milliers à plusieurs millions de personnes. Dès le milieu des années 2000, cette acception déjà généreuse a été concurrencée par une ouverture à un champ plus vaste de différences. En 2004, le rapport Versini portant sur la diversité dans la fonction publique adopte une définition globale de la diversité incluant le handicap, la parité, l'âge ou encore des données socioéconomiques[102]. Pour les institutions de l'Union européenne, la diversité résulte de la combinaison des critères qui sont ceux des directives de 2000 (la « race » ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle) auxquels s'ajoute le sexe[103]. Cette lecture laisse à penser que la diversité peut se définir en puisant dans les catégories de la législation antidiscriminatoire. Or, ce n'est pas uniquement le cas, car ce terme peut convoquer une multitude d'hétérogénéités. Des auteurs ont identifié plus d'une trentaine de composantes de la diversité dans les définitions des grandes firmes européennes, parmi lesquelles figuraient des critères moins attendus, comme la formation, les trajectoires professionnelles, le savoir-être ou encore les tatouages et les piercings[104]. Les seuls

---

[98] V. par ex. Y. SABEG, *La Discrimination positive, pourquoi la France ne peut y échapper*, Paris, Calmann Levy, 2004 ; Y. SABEG, L. MEHAIGNERIE, *Les oubliés de l'égalité des chances. Participation, pluralité, assimilation… ou repli ?*, Institut Montaigne, 2004 ; S. VEIL, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, *op. cit.*, p. 53.

[99] E. KESLASSY, *Quelle place pour les minorités visibles ? Retour sur les élections régionales de mars 2010*, Institut Montaigne, 2010, p. 1.

[100] P. GAUBERT, « Avant-propos » *in* HCI, *Études et intégration — Faire connaître les valeurs de la République. Les élus issus de l'immigration dans les conseils municipaux (2001-2008)*, Rapport au Premier ministre, 2009, p. 8.

[101] Pour un aperçu, v. par ex. F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport du COMEDD au commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances, 2010, p. 13-4 ; S. BROUARD, V. TIBERJ, « Pour une approche pragmatique des "statistiques ethniques" », analyse transmise au COMEDD, 2009, p. 1.

[102] D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la réforme de l'État, 2004, p. 13.

[103] V. par ex. COMMISSION EUROPEENNE, *Continuer dans la voie de la diversité. Les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, 2008, p. 12.

[104] S. POINT, V. SINGH, « Defining and Dimensionalising Diversity : Evidence from Corporate Websites across Europe », *European Management Journal*, n° 6, 2003, p. 750-61, spéc. 757 ; S. POINT, « La charte de la diversité regards sur le discours des entreprises signataires », *Management & Avenir*, n° 8, 2006, p. 61-85, spéc. p. 72. Pour d'autres composantes, v. par ex. F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU *in Mission Haute Fonction Publique*, Rapport

aspects à ne pas toujours être fondus parmi ces composantes sont ceux du sexe ou du genre[105]. Mais ces usages spécifiés s'accommodent aussi très bien d'une référence générique à la diversité, sans plus de précision. Malgré quelques essais de systématisation[106], la diversité semble « *sans limites* »[107]. En définitive, elle apparaît davantage comme « *un prisme d'appréhension de l'altérité* »[108] que comme une catégorie close.

16. Il est parfois question de « super-diversité » pour désigner cet « *arc-en-ciel de singularités* »[109]. La notion a été forgée par la sociologie pour renouveler l'appréhension des situations minoritaires envisagées traditionnellement sous le seul angle de l'ethnicité[110]. Étroitement liée à l'évolution des flux migratoires, elle souligne la conjonction de ce critère avec un grand nombre de variables, comme l'âge, la résidence ou l'occupation professionnelle. Cette focale multidimensionnelle permet de prendre en compte les tendances à l'éclatement et à l'individualisation des situations minoritaires[111]. La « super-diversité » pose alors la question de l'adaptation des modèles politiques d'intégration aux évolutions sociodémographiques.

17. **Pluralisme culturel –** Sous ce rapport, la diversité est souvent associée au pluralisme. Admettre la diversité, c'est valoriser et reconnaître la présence d'une pluralité de composantes sociodémographiques. Aux États-Unis, la diversité a constitué le principal point d'articulation de deux thèmes historiquement disjoints, l'égalité raciale et le pluralisme culturel[112]. Les idées de ce qui est communément appelé le multiculturalisme[113] ne se sont jamais acclimatées en France, car elles heurtent les principes d'égalité et d'indivisibilité. Seuls les citoyens sont

---

au Premier ministre, 2020, p. 31 ; J. LEBRATY, L. GUERET-TALON, *La Diff&rAnce est une Force : Essai sur le Management Stratégique de la Diversité*, Paris, Éd. Eska, 2012, p. 215-6 ; J. TAKAGI, « Pour une approche sociologique de la « diversité » », *RIS*, n° 73, 2009, p. 111.

[105] *Pro*, v. par ex. al. 2, préambule ANI relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, 1er mars 2004. Une partie des chercheurs s'opposent à cette intégration. V. par ex. M. –T. LANQUETIN, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, n° 21 2009, p. 100 ; J. LAUFER, « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, p. 48.

[106] V. par ex. A. CORNET, C. DELHAYE, « Gestion de la Diversité : un enjeu stratégique ? », Montreal, XVIème conférence de l'AIMS, 2007, not. p. 5.

[107] O. MASCLET, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 5.

[108] M. G. BRUNA, « Dynamique de changement, exercice de la réflexivité et apprentissage managérial dans la conduite d'une démarche transformationnelle de diversité », *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 281-2, 2016, p. 132.

[109] M. G. BRUNA, Z. YANAT, J. –P. TCHANKAM, « Justice organisationnelle […] », *op. cit*, p. 89.

[110] Sur cette notion, v. not. S. VERTOVEC, « Super-diversity and its implications », *Ethnic and Racial Studies*, n° 6, 2007, p. 1024-54 ; M. DOYTCHEVA, « Diversité et "super-diversité" dans les arènes académiques : pour une approche critique », *Sociétés Plurielles*, n° 2, 2018, p. 1-29.

[111] M. DOYTCHEVA, « Diversité et "super-diversité" […] », *op. cit.*, p. 22.

[112] R. OUDGHIRI, D. SABBAGH, « Des usages de la "diversité" : éléments pour une généalogie du multiculturalisme américain », *RFSP*, 1999, n° 49, p. 443-68.

[113] Sur ce modèle, v. par ex. M. DOYTCHEVA, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2e éd., 2011.

titulaires de droits. Reconnaître des droits à des groupes pourrait rompre l'égalité entre les individus. Pour G. Carcassonne, « *se trouvent ainsi en principe bannis* […] *la reconnaissance de toute minorité constituée, qu'elle soit ethnique, religieuse ou autre* »[114]. La Constitution ne connaît que le peuple français et au sein de celui-ci, les populations d'outre-mer[115]. Alors que pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), « *l'existence de minorités et de cultures différentes dans un pays constitue un fait historique qu'une "société démocratique" devrait tolérer, voire protéger et soutenir selon des principes du droit international* »[116], la singularité de la conception française s'est affirmée sur la scène internationale au travers des réserves émises à l'adhésion à certaines conventions internationales[117] ou aux refus de signer certains traités[118]. Dans l'imaginaire républicain, les politiques multiculturelles sont étroitement associées au spectre du communautarisme, antithétique à la République et la Nation[119]. Dans ce contexte, la référence à la diversité marque une inflexion de perspective. En ce sens, la Charte de la diversité engage ses signataires à « *favoriser la représentation de la diversité de la société française dans toutes ses différences et ses richesses, les composantes culturelle, ethnique et sociale, au sein des effectifs et à tous les niveaux de responsabilité* »[120]. Ce rapprochement avec la question du modèle politique d'intégration doit aussi beaucoup à la diversité culturelle[121] promue en droit international[122]. Avec l'argumentaire sur la nécessité de la préserver, la

---

[114] G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Éditions du Seuil, 14e éd., 2017, p. 47.
[115] Art. 72-3 Constitution du 4 octobre 1958. V. par ex. Cons. const., 9 mai 1991, nº 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. nº 13.
[116] V. par ex. CEDH, ch., 10 juillet 1998, nº 26695/95, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, cons. nº 41.
[117] V. par ex. art. 27 PIDCP et loi nº 80-460 du 25 juin 1980 *autorisant l'adhésion de la République française au pacte international relatif aux droits civils et politiques* ; art. 30, Conv. *relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989 et loi nº 90-548 du 2 juillet 1990 *autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant*.
[118] Conv. nº 169 de l'OIT *relative aux peuples indigènes et* tribaux, 27 juin 1989 ; Conv.-cadre du Conseil de l'Europe *pour la protection des minorités nationales*, 1er février 1995 et CE, sect., avis, 6 juillet 1995, nº 357466, et Cons. const., 15 juin 1999, nº 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* ; CE, avis, 31 juillet 2015, nº 390.268, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*.
[119] F. DHUME, « L'émergence d'une figure obsessionnelle : comment le "communautarisme" a envahi les discours médiatico-politiques français », *Revue Asylon(s)*, nº 8, 2010.
[120] § 3, Charte de la diversité, 2018. Une mention similaire existait dans la première version publiée en 2004.
[121] Sur cette notion, v. par ex. J. MUSITELLI, « L'invention de la diversité culturelle », *AFDI*, nº 51, 2005, p. 512-23 ; O. AMIEL, « Diversité culturelle et droit communautaire », *RDP*, nº 1, 2008, p. 247-58 ; L. RICHIERI HANANIA, *Diversité culturelle et droit international du commerce*, Paris, La documentation française, 2009 ; S. REGOURD, « Exception, exemption, diversité culturelle... Figures de la dérogation au droit de la concurrence », *RFDA*, nº 5, 2014, p. 846-50.
[122] V. not. Déclaration universelle sur la diversité culturelle, 2 novembre 2001 ; Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005. V. S. REGOURD, « Le projet de Convention sur la diversité culturelle. Vers une victoire à la Pyrrhus… », *Légipresse*, nº 226, 2005, p. 115-20 ; J. MUSITELLI, « La Convention sur la diversité culturelle : anatomie d'un succès diplomatique », *RIS*, nº 62, 2006, p. 11-22 ; H. RUIZ FABRI, « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », *RGDIP*, nº 1, 2007, p. 43-88.

diversité culturelle s'est émancipée de sa vocation économique originelle au profit d'un registre anthropologique corrélant la culture à l'identité[123]. Dans cette acception, l'État doit s'efforcer de promouvoir la diversité en assurant les conditions propices à son expression culturelle, en particulier pour les groupes sociaux en situation minoritaire[124]. Toutefois, si la notion de culture recouvre et immobilise habilement celles de différence et d'identité, la diversité reste approximative et dépendante du contexte dans lequel elle est énoncée[125]. Lorsque l'Union européenne l'intègre dans ses préoccupations par exemple, il s'agit surtout de protéger l'identité européenne telle qu'elle résulte de la somme et de l'interaction des cultures des États membres, comme le rappelle sa devise[126]. Ainsi, aucun texte ne permet de préciser l'espace des différences culturelles reconnues, éventuellement aux moyens de droits culturels[127].

18. Discrimination – En dernière analyse, la diversité est souvent rapprochée de la notion de discrimination. Historiquement, les premiers textes volontaires en faveur de la diversité ont été construits sous ce rapport, observable également dans le mot d'ordre des politiques européennes « *Pour la diversité. Contre les discriminations* »[128]. La diversité serait la résultante de la lutte contre les discriminations, du respect de la dignité humaine et de l'autonomie personnelle[129]. Elle serait donc une sorte d'horizon sociétal, mais aussi une valeur civique fondée sur la reconnaissance de la valeur égale des êtres humains et le rejet du racisme et des discriminations, sans pour autant nier les spécificités individuelles[130]. Dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par exemple, la référence à la diversité culturelle, religieuse et linguistique est inscrite dans un chapitre sur l'égalité et précédée d'articles sur

---

[123] V. par ex. al. 5 préambule, *Déclaration universelle sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001.
[124] Art. 4, 5 et 6, *Déclaration universelle sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001 ; al. 18 préambule, art. 7, *Conv. sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005. Sur cette lecture, HCI, *Une culture ouverte dans une République indivisible. Les choix de l'intégration culturelle*, Avis au Premier ministre, 10 octobre 2012, p. 13-7, spéc. p. 16.
[125] G. KOUBI, « Le droit à l'in-différence […] », *op. cit.*, p. 266.
[126] Ex. art. 126, 1. et 128, 1 TCE ; Al. 3 préambule et art. 22 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 3, 3., al. 4 TUE ; art. 167, 1. et 4., art. 165, 1. et art. 207, 2., a). Sur cette question, v. par ex. B. NABLI, « Le principe de diversité culturelle et linguistique au sein d'une Union élargie », *RFDA*, n° 1, 2005, p. 177-86.
[127] Sur la notion, v. par ex. M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2009, spéc. p. 5 ; P. MEYER-BISCH, « Analyse des droits culturels », *Droits fondamentaux*, n° 7, 2008, p. 1-35.
[128] Du nom de la campagne d'information et de sensibilisation lancée par la Commission européenne dans le cadre de la déc. n° 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006)*. V. aussi par ex. § 2, Charte de la diversité, 2018. Une mention similaire existait dans la version publiée en 2004 ; A. GIRARDIN *in* MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*. *Mission confiée à Yannick L'Horty*, Dossier de presse, 2016, p. 4.
[129] Sur ce triptyque, v. P. MADURO concl. sur CJCE, gr. ch., 17 juillet 2008, *S. Coleman contre Attridge Law et Steve Law*, § 8.
[130] F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discriminations […] », *op. cit.*, p. 14.

l'égalité en droit et sur la non-discrimination[131]. Toutefois, la diversité comme modèle n'est pas le seul lien entretenu avec la non-discrimination. L'ANI relatif à la diversité de 2006 propose une autre lecture de cette complémentarité. Les partenaires sociaux soutiennent que « *par rapport à la notion de non-discrimination* […] *le concept de diversité constitue une approche complémentaire et dynamique* »[132]. Un indice de cette contribution est donné par les signataires qui, arguant que « *la loi ne peut pas tout* »[133], appuient leur démarche sur « *la prise de conscience de chacun et de la volonté politique de tous les acteurs de faire évoluer les mentalités, de lutter contre les stéréotypes et de mettre en œuvre des actions concrètes par une démarche volontariste* »[134] pour promouvoir l'égalité de traitement. Ainsi, la diversité soutiendrait une approche différente de la lutte contre les discriminations par rapport à celle retenue par le législateur. L'idée n'est sans doute pas étrangère à ses propriétés.

3 – Les propriétés de la diversité

19. Un terme dépolitisant – Si la diversité est devenue un mot-clef de la scène publique, elle se révèle aussi être un mot de passe. Séduisant, consensuel, fédérateur, ce terme « *cache, à l'évidence, autant qu'il ne révèle* »[135]. La diversité semble se construire comme un consensus autour d'implicites qui ne sont pas forcément partagés. Cet effet appelé « *conjecture du mouton* »[136] en référence au « *Petit Prince* » d'A. de Saint-Exupéry, présente l'avantage d'esquiver la discussion en produisant un accord sur l'emballage qui peut faire illusion. Le flou et la polysémie de la diversité fournissent « *un mot d'ordre fédérateur* […] *minimaliste, et surtout accommodable dans une multiplicité de référentiels idéologiques* »[137]. De façon euphémique et dépassionnée, elle permet d'envisager l'existence de groupes sociaux que le modèle politique et juridique français n'autorise pas à considérer ; elle permet de « *nommer l'innommable ?* »[138]. Dans ce registre, elle s'avère plus maniable que la notion de minorité. Sa dimension individuelle fait l'économie de la reconnaissance de groupes spécifiques, de telle

[131] Respectivement art. 22, 20 et 21.
[132] Al. 7 préambule, *ANI relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[133] Al. 14 préambule, *ANI relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[134] Al. 15 préambule, *ANI relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[135] J. COHEN, D. LAMOUREUX, « La citoyenneté et les enjeux de la "diversité" » *in* J. COHEN, M. SPENSKY, *Citoyenneté et diversité*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2009, p. 10.
[136] A. BOPDA, « Les "statistiques ethniques" ou la science et les scientifiques victimes d'une conjecture du mouton du Petit Prince » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al.*, *Le retour de la race […]*, *op. cit*., p. 49.
[137] P. SIMON, A. ESCAFRE-DUBLET, « Représenter la diversité en politique : une reformulation de la dialectique de la différence et de l'égalité par la doxa républicaine », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 138.
[138] D. FASSIN, « Nommer, interpréter. Le sens commun de la question raciale » *in* D. FASSIN, E. FASSIN (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 23.

sorte qu'elle permet de ne pas heurter un imaginaire où le creuset français et la phobie du communautarisme s'opposent à une lecture minoritaire[139]. Ce terme a également l'avantage d'éviter le vocabulaire accusateur de la discrimination, tout en ouvrant un espace positif pour penser la différence. Il présente ainsi l'intérêt d'accréditer une vision rassurante et embellie de la société où les conflits ont cédé la place à des différences vaguement culturelles et finalement bienveillantes[140]. Pour A. Junter et R. Sénac, ces caractéristiques donnent à voir la diversité comme une « *novlangue* »[141] au sens du roman *1984* de G. Orwell. Fondamentalement dépolitisante, elle permet de refouler et de désidéologiser les répertoires conflictuels du débat public.

C – Définition

20. Plan – Maintenant que les linéaments de l'objet diversité ont été mis en lumière, il convient de le délimiter dans le cadre de cette étude (1) et d'apporter d'utiles précisions terminologiques (2).

1 – Positionnement général

21. L'entrée retenue – La difficulté d'approcher la diversité tient à ses contours versatiles. Chacun est susceptible d'alléguer de sa propre définition de la diversité. L'objectif n'est pas d'en rapporter toutes les significations. Dans ce contexte, la délimitation de l'objet d'étude procède d'un choix, celui de laisser cet espace délibérément ouvert pour ne pas risquer d'enserrer de manière artificielle un réceptacle par nature accueillant. Au demeurant, il est relevé que cette approche ouverte est celle qu'a récemment retenue l'UE dans sa stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes pour 2020-2025, mais dans une perspective intersectionnelle due à l'objet de ce plan[142]. Cependant, si quantité d'acceptions de la diversité sont envisageables, certaines semblent plus que d'autres immédiatement accessibles. Il est possible de mieux la cerner à travers les usages communs et les travaux scientifiques sur le

---

[139] F. DUBET, *Les places et les chances. Repenser la justice sociale*, Paris, Seuil, 2010, p. 69.
[140] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001, p. 167.
[141] « *Novlangue* » est la traduction littérale de « *Newspeak* », mot inventé par l'auteur dans son roman dystopique *1984* paru en 1949. Cette langue fictive se caractérise par une simplification lexicale et syntaxique visant à rendre impossible l'expression d'idées subversives et à éviter toute formulation de critiques dans un régime totalitaire. Cette lecture de la diversité comme « *novlangue* » a été proposée par A. Junter et R. Sénac *in* « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010, p. 167-95.
[142] Com. n° COM(2020) 152 final du 5 mars 2020 de la Commission au PE, au Conseil, au CESE, au Comité des régions, *Une Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025*, NBP n° 9.

sujet[143]. La diversité est généralement et avant tout une « *diversité humaine* »[144]. De manière générale, les composantes de cette diversité sont sociodémographiques, c'est-à-dire qu'elles sont relatives à la vie des hommes en société et concernent l'état d'une population. Elle peut être appréhendée de manière globale, comme toutes les différences existantes entre les individus ou bien de manière spécifique, à travers une ou plusieurs différences particulières. Elle concerne autant des caractéristiques données – comme le sexe, l'âge, les attributs phénotypiques, les origines géographiques, etc. – que construites – telles que l'orientation sexuelle, mais aussi la condition socioéconomique comme la situation d'emploi, le lieu de résidence, etc.

22. Par suite, d'autres acceptions comme la biodiversité ou la diversité des territoires sont exclues du périmètre de l'objet d'étude, car elles se rattachent respectivement à la protection d'un milieu environnemental et à une question d'organisation des rapports entre l'État et ses collectivités. Il en est de même de la diversité de l'habitat, qui apparaît comme un simple dérivé périphérique de la notion de mixité sociale[145]. Cette dernière a été plus souvent utilisée dans la politique d'aménagement du territoire et la politique de la ville que la formule de la diversité de l'habitat[146]. La mixité sociale domine d'ailleurs largement le droit positif en la matière[147]. Pour autant, son exclusion de l'acception de la diversité retenue en l'espèce n'est pas synonyme de désintéressement pour les discriminations dans l'accès au logement ou pour les inégalités territoriales. Des références pourront être occasionnellement faites à ces questions. En tout état de cause, le spectre des caractéristiques sociodémographiques visées est large. Certains de ces critères portent des enjeux terminologiques importants qu'il convient dès à présent d'éclairer.

2 – Précisions

23. Position du problème – Quelques précisions sont nécessaires sur les attributs sociodémographiques susceptibles d'entrer parmi les composantes de la diversité. Le sujet est

---

[143] V. par ex. M. PEYRONNET, « Promotion de la diversité et lutte contre le harcèlement : même combat ? » *in* M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit — Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 151.

[144] Art. 3, d) conv. internationale relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006.

[145] V. par ex. loi nº 95-74 du 21 janvier 1995 *relative à la diversité de l'habitat*.

[146] CONSEIL D'ORIENTATION DES POLITIQUES DE RESSOURCES HUMAINES, *Mixité sociale, diversité et principe d'égal accès aux emplois publics : quelle ouverture des recrutements dans la fonction publique ?*, DGAFP, 2017, p. 9.

[147] V. par ex. les 36 occurrences pour 6 dans le c. de la construction et de l'habitat au 31 décembre 2021 ou encore la loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* qui lui consacre un titre entier (II).

délicat dans une société appuyée sur un universalisme abstrait qui ignore traditionnellement les particularismes. Un vocabulaire adéquat doit être établi, étant entendu que celui-ci n'est jamais vraiment neutre et qu'il ne conviendra pas en toutes circonstances.

24. « Race », origine, discrimination ethno-raciale, groupe en situation minoritaire – Concernant le substantif « race » ou ses adjectifs, l'utilisation de guillemets permet de se distancier de toute « *réalité biologique objectivable* [en s'attachant au fait que la "race"] *demeure comme représentation sociale, comme une catégorie imaginée en raison de l'apparence (couleur de peau, etc.) des personnes et non de leur essence. Invalide scientifiquement, la race existe dans les imaginaires* »[148]. Ainsi que l'a écrit G. Calvès « *la "race" est, comme la beauté de la formule shakespearienne, "in the eyes of the beholder"* »[149], raison pour laquelle il n'est pas question dans cette étude de chercher à la définir ou de débattre du bienfondé de cette catégorie dans la perspective de lutter contre le racisme et les discriminations « raciales »[150].

25. En raison de la sensibilité de la question, les juges ont souvent opté pour une définition par analogie, en rapprochant la « race » de l'origine[151], de la communauté[152], de la nation[153] ou de la confession[154]. Bien que ces termes présentent leurs propres difficultés sémantiques, il peut être tentant de retenir l'origine géographique pour son objectivité traduite notamment dans l'état civil. Néanmoins, des précautions s'imposent à nouveau. Contrairement aux idées que véhiculent certains discours xénophobes, tous les citoyens français sont égaux, quelle que soit leur origine et les ressortissants étrangers ont des droits sur le territoire. Du reste, la référence à l'origine géographique présente le risque d'assigner une identité aux individus qui peut s'avérer très approximative (origine européenne, africaine, asiatique, etc.) ou distendue (assignation d'une origine africaine aux personnes originaires de certains DROM-COM)[155]. En ce sens, le Défenseur des droits rappelle que la discrimination fondée sur l'origine vise les individus

---

[148] S. SLAMA (dir.), *La discrimination selon l'origine*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 8.
[149] G. CALVES, « "Il n'y a pas de race ici" Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, n° 17, 2002, p. 182.
[150] Sur cette catégorie et ses enjeux, v. par ex. L. ZEVOUNOU (dir.), « Race et droit », *LRDH*, n° 19, 2021 ; S. ROSSIGNOL, « Race » *in* D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique […]*, *op. cit.*, p. 315 ; A. DENIZOT, « Race ou prétendue race : la méthode des petits pas », *RTD Civ.*, n° 4, 2017, p. 922 ; S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination […]*, *op. cit.*, p. 13-9 ; D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 291-303.
[151] Crim., 24 novembre 2009, n° 09-80.841 ; Soc., 18 janvier 2012, n° 10-16.926.
[152] AP, 16 février 2007, n° 06-81.785.
[153] Crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315.
[154] Crim., 16 octobre 2012, n° 11-82.866.
[155] M. PEYRONNET, *La diversité […]*, *op. cit.*, p. 4.

étrangers ou citoyens français pour ce qu'ils sont ou supposés être en raison de signes extérieurs ou de caractéristiques sociales grevés de stéréotypes sur lesquels ils n'ont aucune prise (couleur de peau, traits du visage, texture des cheveux, patronyme, prénom, accent, lieu de résidence, etc.)[156]. Par conséquent, il conviendra d'éviter d'user de l'origine dans une dimension stéréotypée. Lorsque ce ne sera pas possible, par exemple pour rendre compte des termes du débat à un instant donné, des précisions seront apportées pour indiquer le contexte dans lequel se situe le propos.

26. À bien des égards, la notion d'ethnie s'est substituée à celle de « race ». D'un point de vue anthropologique, l'ethnicité renvoie à un sentiment d'appartenance fondé sur un certain nombre de traits culturels (langue, religion, coutumes, etc.)[157]. Elle est évolutive et non figée, chaque individu étant libre de modifier ses attaches particulières au cours de sa vie. À l'inverse des autres sciences sociales et de certains actes de droit international qui la considère comme le résultat d'un processus socioculturel[158], l'ethnie est généralement vue en droit comme une notion déterministe, ce que traduit la notion d'origine ethnique. En ce sens, la CEDH considère que « *la discrimination fondée sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale* »[159]. Cette analogie entre la discrimination « raciale » et la discrimination ethnique est souvent subsumée sous la formule de discrimination ethno-raciale qui est retenue en l'espèce[160]. Faute de mieux, l'adjectif ethno-racial sera aussi utilisé pour rendre compte des usages de catégorisation d'une partie des groupes sociaux qui composent la diversité. À nouveau, il est bien entendu que l'opération est une « *assignation totalement sociale qui, à partir d'une perception, infère une qualité identitaire particulière à l'individu le renvoyant à un groupe d'appartenance réel ou supposé* »[161]. Sous cette réserve, les expressions de personnes perçues comme « non-blanches » (ou comme « noires », « asiatiques », etc.) retenues par le Défenseur des droits, et celle de personnes « racisées » seront aussi employées[162]. En dépit des crispations qu'elles peuvent susciter au premier abord, elles offrent

---

[156] DDD, *Rapport discriminations et origines […]*, *op. cit.*, p. 4.
[157] En ce sens, G. KOUBI, « Droit et minorité dans la République française » *in* A. FENET, G. KOUBI, I. SCHULTE-TENCKHOFF, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2000, p. 308.
[158] V. par ex. F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit*, p. 77-8 ; art. 3, al. 1er Conv. — cadre pour la protection des minorités nationales, 10 novembre 1994 ; art. 1, 2., Conv. no 169 de l'OIT relative aux droits aux peuples indigènes et tribaux. 27 juin 1989.
[159] CEDH, gr. ch., 22 décembre 2009, no 27996/06 et 34836/06, *Sejdic et Finci*, § 43.
[160] V. par ex. DDD, *Rapport discriminations et origines […]*, *op. cit.*, p. 40.
[161] H. LE BRAS, « Le danger des catégories ethniques » *in* S. SLAMA (dir.), *La discrimination selon l'origine*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 105.
[162] V. par ex. DDD, *Rapport discriminations et origines […]*, *op. cit*.

en vérité une lecture assez fine et surtout conjoncturelle des effets du racisme, car une personne est d'abord perçue comme telle dans les yeux de l'autre. Si le racisme disparaît, le terme « racisé » n'a plus de raison d'être et disparaît à son tour[163]. Néanmoins, une fois encore ces locutions sont imparfaites. Elles ne permettent pas par exemple de rendre compte des discriminations vécues par des personnes perçues comme « blanches », notamment en raison d'une origine géographique ou d'une religion réelles ou supposées.

27. L'expression de groupe social en situation minoritaire sera préférée pour son objectivité à celle de minorité qui pourrait sous-entendre un rapport d'infériorité autre que numérique. En tout état de cause, les groupes sociaux envisagés sous la diversité ne renvoient pas à un ensemble socialement homogène pouvant se définir comme tel. Dans le même ordre d'idées, l'expression de personnes « issues de la diversité » ne sera pas utilisée compte tenu de l'infériorisation qu'elle sous-tend. Comme si les individus désignés sous cette étiquette n'existaient qu'à travers ce qui les différencie des autres qui, eux, ne sont pas « divers ». Elle laisse entendre que les premiers ne pourront jamais être considérés comme des égaux.

28. Sexe, genre, LGBT+ – Les autres composantes éventuelles de la diversité paraissent soulever moins de difficultés. Le sexe sera traité uniquement en considération des caractéristiques sexuées et non de la sexualité. Le genre sera préféré au sexe chaque fois que seront visées les « *constructions sociales et culturelles qui différencient, sur la base de leur sexe, les femmes et les hommes, en leur prêtant des caractéristiques personnelles et des fonctions sociales différenciées* »[164]. Il renverra « *ainsi à un système de catégorisation entre femmes et hommes, reposant sur un ensemble de préjugés sociaux et de stéréotypes qui font le lit des discriminations* »[165]. S'agissant de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, le droit ne les ignore pas et les prend en compte. L'orientation sexuelle concerne les thématiques de l'homosexualité et de la bisexualité. L'identité de genre vise « *le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin* »[166]. Cependant, la recherche d'une neutralité sexuelle remet en cause cette appréhension binaire du sexe. Après le refus de la chambre civile de la Cour de cassation de reconnaître une catégorie de sexe

[163] M. PEYRONNET, *La diversité […]*, *op. cit.*, p. 1-2, spéc. p. 5.
[164] D. ROMAN, « Genre » *in* D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique […]*, *op. cit.*, p. 198.
[165] *Ibid.*
[166] Cons. const., 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, § 89.

« *neutre* »[167], la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique a créé une catégorie « *enfants présentant une variation du développement génital* »[168] qui se rapproche de celle d'« *intersexe* » ou de « *personne intersexuée* »[169]. En pratique, elles sont généralement englobées sous l'acronyme LGBT+ (Lesbienne, Gay, Bisexuel, Trans – transsexuel et transgenre – le « + » renvoyant aux catégories plus récentes comme celles de *Queer*, Intersexe, Asexuel, etc.[170]) et traitées au cas par cas par les acteurs.

29. Ultimes précisions formelles – Les citations entre guillemets et en italique respecteront le langage utilisé par leurs auteurs. À noter que les références infrapaginales à des documents dont la disponibilité sur Internet n'est pas spontanée seront présentées sous la forme d'un lien hypertexte. Le cas échéant, l'usage des guillemets sans italique permettra de signaler une distanciation avec un terme donné. Enfin, puisque la lutte contre les stéréotypes fondés sur le genre consiste à favoriser l'usage d'un vocabulaire épicène dans la rédaction de la norme, ce travail s'efforcera d'employer une terminologie neutre dans la mesure du possible. Pour autant, il sera parfois nécessaire de s'en affranchir pour préserver la clarté de l'énoncé.

§ 2 – Les finalités de la diversité

30. Position du problème – Plan – Comment d'un constat factuel de la variété du vivant et du social la diversité est-elle devenue cette « *idée à la mode* »[171] que connaissent aujourd'hui les sociétés occidentales[172] ? Dans bien des cas, ce glissement des faits à celui d'un enjeu de société est le produit de tensions. Ainsi, pour J. Laufer, la diversité est « *le nom donné à un problème* »[173]. Celui-ci a trait à une question de justice sociale. Contrairement à la justice positive qui correspond à « *ce à quoi chacun peut légitimement prétendre en vertu du droit* »[174],

---

[167] Civ., 4 mai 2017, nº 16-17.189. Refusés en l'espèce.
[168] Art. 30, loi nº 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la *bioéthique*.
[169] Sur ces deux expressions, v. B. MORON-PUECH, « Remarques langagières et méthodologiques sur le contrôle de conventionnalité à venir dans l'affaire du "sexe neutre" (CEDH, Y c. France, nº 76888/17) », *RDLF*, chron. nº 2, 2021, § 8-10.
[170] G. LECAPLAIN, « Merci de l'avoir posée. Mais ça veut dire quoi, LGBTQIA+ ? », *Libération*, 25 janvier 2018.
[171] E. BUYSSENS, Y. BEN ABDELJELIL, A. HUBERT et *al.*, « La diversité, une idée à la mode », *Politique. Revue de débats*, nº 56, 2008.
[172] V. par ex. dans les effectifs de la justice au Royaume-Uni, LORD CHIEF JUSTICE, *Judicial Diversity Committee of the Judges' Council, Report on Progress April 2016 — March 2017Action Plan April 2017 — March 2018*, 2017.
[173] J. LAUFER, « L'égalité professionnelle […] », *op. cit.*, p. 45. Dans le même sens, R. SENAC, *L'invention de la diversité*, Paris, PUF, 2012, p. 256.
[174] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 592.

la justice sociale renvoie à un idéal normatif. Si plusieurs conceptions de la justice sociale existent[175], la diversité correspond à un modèle de société libéral et individualiste dans lequel chaque groupe de population devrait être redistribué équitablement dans toutes les positions sociales en fonction des choix et des mérites de chacun, voire, dans une certaine mesure et selon les contextes, suivant un ensemble de caractéristiques sociodémographiques, sans que ce spectre soit nécessairement précisé[176]. Dans ce modèle, l'égalité en droits n'est donc plus considérée comme une condition suffisante de la justice sociale, puisqu'il s'agit d'offrir à tous la possibilité d'occuper les meilleures places. Par conséquent, ce projet implique de considérer la diversité pour s'assurer que celle-ci est présente à tous les niveaux. Un problème apparaît à partir du moment où la faible présence d'une partie de la population dans les positions sociales valorisées est critiquée pour son insuffisance (A). Toutefois, cette façon d'appréhender la société n'est pas seulement juste. Elle est aussi bonne et utile. La société, les organisations, les individus auraient tout à perdre à ne pas la considérer et tout à gagner à la réaliser (B).

A – Les maux de la diversité

31. Position du problème – Plan – Aux États-Unis, le problème a acquis une dimension d'envergure dans un contexte où il était difficile de justifier de l'existence de dispositifs d'*affirmative action* dans les universités, avant d'être étendue à d'autres champs sociaux (1). En France, il emprunte ses données à l'analyse de C. Lévi-Strauss selon laquelle « *les sociétés humaines* […] *se définissent* […], *eu égard à leurs relations mutuelles, par un certain optimum de diversité* […] *en dessous duquel elles ne peuvent* […] *plus descendre sans danger* »[177]. Sous ce rapport, la question de la diversité incarne les tensions qui résultent du décalage entre la diversité sociodémographique de la société et la relative homogénéité qui caractérise les positions sociales valorisées. La diversité est « *alors utilisée comme une grille d'analyse critique de l'égalité dite à la française, incapable d'atténuer les inégalités concrètes constatées en fait* »[178] (2).

[175] Pour un aperçu, v. not. W. KYMLICKA, *Les théories de la justice : une introduction*, Paris, La Découverte, 1999.
[176] Les lignes qui suivent sont tirées de F. DUBET, *Les places et les chances […]*, *op. cit.*, p. 55 et suiv.
[177] C. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale II*, Paris, Plon, 1973, p. 381.
[178] P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE, « Avant-propos » *in* P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Le concept* […], *op. cit.*, p. XIV.

1 – Aux États-Unis

32. Les prémisses – Dans sa thèse consacrée à l'essor et au déclin de l'*affirmative action* aux États-Unis[179], J. Thermes a montré comment, dès le début des années 1960, par nécessité, les universités de Harvard, Yale et Princeton ont sélectionné leurs étudiants en s'appuyant sur un « *principe de diversité des recrutements* »[180]. Dans ces établissements, la recherche de la diversité des profils est devenue le mot d'ordre de la sélection dans un contexte où le *baby-boom* avait entrainé une croissance exponentielle des candidatures que les seules performances scolaires ne parvenaient plus à départager. Si l'idée de diversifier le corps étudiant avait déjà été avancée au XIX^{e} siècle, J. Thermes estime que c'est seulement à cette époque qu'elle a été intellectualisée sous ce vocable. Les composantes de la diversité se limitent alors aux intérêts personnels, aux talents extra-académiques et aux milieux sociaux d'origine. Bien que le recrutement ne soit pas encore fondé sur un facteur ethno-racial, le système mis en place par ces universités se rapproche déjà de quotas officieux déterminés par groupes cibles. Ainsi, une fois engagés dans la lutte contre les inégalités « raciales » au tournant du milieu des années 1960, il a suffi aux responsables d'ajouter le critère ethno-racial parmi les facteurs de diversification.

33. L'arrêt Bakke[181] ou la stratégie de la dissimulation – Quelques années plus tard, la diversité a été érigée en justification de l'*affirmative action* à l'occasion de la contestation inédite devant la Cour suprême d'un dispositif d'admission préférentielle volontairement mis en place par l'université de Davis en Californie. Le requérant, A. Bakke, un homme blanc dont la candidature avait été refusée, estimait qu'il aurait été admis s'il avait été noir. Il contestait la légalité et la constitutionnalité du dispositif au regard du *Civil Rights Act* de 1964 prohibant les discriminations et de la Clause d'égale protection des lois inscrite dans le Quatorzième Amendement de la Constitution. En l'espèce, l'opinion du juge L. Powell fut déterminante face à une Cour divisée sur l'issue du litige. Selon son analyse, le principe constitutionnel de liberté

---

[179] « *L'affirmative action désigne l'ensemble des mesures qui octroient aux membres de groupes ayant été soumis dans le passé à un régime juridique discriminatoire un traitement préférentiel dans la répartition de certaines ressources. Les groupes en question sont les Noirs, les "Hispaniques", les descendants des populations autochtones (Native Americans), les femmes, et parfois les Asiatiques. Les trois domaines d'application du dispositif sont l'emploi, l'attribution de marchés publics et l'admission dans les universités* ». V. D. SABBAGH, « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*affirmative action* dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004, n° 111, p. 5.

[180] Il est renvoyé à la thèse de J. THERMES, *Essor et déclin de l'affirmative action : les étudiants noirs à Harvard, Yale et Princeton*, Paris, CNRS Éd., 1999, p. 46 et suiv.

[181] CS ÉTATS-UNIS, 28 juin 1978, n° 438 U.S. 265 (1978), *Regents of University of California v. Bakke*.

universitaire ne s'opposait pas à ce qu'en l'absence d'une injonction *ad hoc* du pouvoir judiciaire, une université cherche à diversifier la population de ses étudiants si elle l'estimait nécessaire. Le juge appuyait son raisonnement sur l'existence d'une corrélation – largement supposée – entre la diversité des étudiants et la diversité des expériences et des perceptions individuelles. Partant, la confrontation des points de vue d'étudiants appartenant à divers groupes ethno-raciaux serait propice à la formation d'une « *atmosphère de spéculation, d'expérimentation et de création* »[182] conforme à la vocation des universités. En revanche, il a estimé que l'adéquation entre les moyens employés et la fin poursuivie n'était pas satisfaisante en l'espèce, dès lors que le dispositif litigieux était trop rigide et non concurrentiel. Par conséquent, si le facteur ethno-racial pouvait être pris en compte parmi les critères d'admission, il ne pouvait prendre la forme de quotas soustrayant l'individu à une mise en concurrence avec les autres candidats. Prenant pour exemple la procédure d'admission de Harvard, Powell estima que seule une approche holistique, flexible et individuelle dans laquelle ce critère n'était qu'une donnée parmi d'autres et ne déterminait pas à lui seul l'admission à l'université, était conforme à la Constitution. En affirmant la constitutionnalité de l'utilisation du critère de la « race » pour diversifier les étudiants, tout en interdisant l'utilisation de quotas rigides, l'opinion du juge Powell fit jurisprudence.

34. Par la suite, la Cour suprême a par deux fois réaffirmé la validité du raisonnement de l'arrêt *Bakke* dans la sphère universitaire. En 2003 puis en 2016, elle a avalisé les programmes d'*affirmative action* d'universités prenant en compte un critère ethno-racial en tant qu'ils poursuivaient un objectif de diversité[183]. La justification de la diversité a également trouvé un essor jurisprudentiel dans le champ de l'audiovisuel. En effet, sur le fondement d'une corrélation entre la diversité ethno-raciale des détenteurs d'une licence hertzienne et l'objectif de diversification socioculturelle des émissions de radios, la Cour suprême a validé le programme d'*affirmative action* mis en place par l'administration chargée d'attribuer les fréquences radiophoniques[184].

[182] L. Powell cité *in* D. SABBAGH, « La tentation de l'opacité […] », *op. cit.*, p. 9.
[183] CS ÉTATS-UNIS, 1er avril 2003, nº 02-241 U.S. (2003), *Grutter v. Bollinger* ; CS ÉTATS-UNIS, 23 juin 2016, nº 579 U.S. (2016), *Fisher v. University of Texas*.
[184] CS ÉTATS-UNIS, 27 juin 1990, nº 497 U.S. 547 (1990), *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission.*

35. Pour le politologue D. Sabbagh, la diversité est aujourd'hui le seul motif qui puisse être invoqué pour justifier une discrimination positive directe dans le cadre universitaire[185]. Son aspect consensuel et apaisant la rend plus maniable que d'autres justifications auxquelles le juge s'est référé dans le passé. La diversité a aussi pour avantage de circonscrire l'organisation concrète d'une telle politique à des moyens flexibles et concurrentiels. Pour l'auteur, c'est bien la moindre visibilité du degré auquel le facteur ethno-racial se trouve pris en compte qui conditionne la constitutionnalité de l'*affirmative action*. De ce point de vue, la justification de la diversité aurait pour seule finalité de légitimer un dispositif à forte teneur politique que le juge ne peut défendre publiquement en sa qualité[186]. Cette filiation avec l'*affirmative action* contribuera des années plus tard à assimiler discrimination positive et diversité dans le débat français[187].

36. L'invention du *diversity management* – Dans la décennie suivante, le problème de la diversité glisse de l'univers académique à l'entreprise. Le management de la diversité constitue la réponse du monde économique au problème des discriminations et de l'égalité des chances. Pour éviter les accusations de discrimination et faire diminuer la pression publique des politiques publiques, les employeurs mettent en place des mesures volontaires de lutte contre les discriminations. Cette approche se veut stratégique et intégrée, en adéquation avec l'intérêt de l'entreprise[188]. Elle traduit la requalification des anciennes politiques antidiscriminatoires caractérisées par l'injonction juridique dans les termes de la performance économique. Ainsi, le management de la diversité apparaît comme un contre-feu au risque juridique et aux politiques antidiscriminatoires[189]. Deux décennies plus tard, cette démarche inspirera les milieux patronaux français qui participeront de cette sorte à construire le problème de la diversité en France.

---

[185] D. SABBAGH, *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, p. 229.
[186] *Ibid*, p. 363 et suiv.
[187] V. par ex. P. SIMON, « La stratégie de la discrimination positive : Sarkozy et le débat français sur l'égalité », *Modern & Contemporary France*, n° 4, 2009, p. 435-50 ; P. –H. ANTONMATTEI, « Liberté, égalité, diversité et relations de travail », *DS*, n° 11, 2008, p. 1031.
[188] Les figures majeures de cette approche étant D. THOMAS, D. ELY *in* « Making Differences Matter: A New Paradigm for Managing Diversity », *Harvard Business Review*, n° 74, 1996, p. 79-90. Pour un aperçu général, v. par ex. A. –F. BENDER, « L'approche diversité dans les pays anglo-saxons » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Le management de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 215-31.
[189] Sur cette transposition, v. not. E. KELLY, F. DOBBIN, « How Affirmative Action became Diversity Management », *American Behavioural Scientist*, n° 7, 1998, p. 960-85 ; L. B. EDELMAN, S. R. FULLER, I. MARA-DRITA, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *American Journal of Sociology*, n° 6, 2001, p. 1589-641.

2 – En France

37. Position du problème – Plan – L'idée de « *faire coïncider l'égalité en droits et le respect de la diversité en fait* »[190] oriente assez nettement l'appréhension des problèmes posés derrière le thème de la diversité en France dès la fin des années 1990. En 2004, le Premier ministre affirmait ainsi que « *si les composantes de la communauté nationale sont diverses, cette diversité doit se retrouver à tous les échelons de la société* »[191]. L'enjeu se cristallise autour de la dénonciation de la fermeture d'une partie des places offertes par la société à certaines franges de la population (a) et dans la construction du problème des discriminations (b). En revanche, si la question des appartenances culturelles minoritaires se pose aussi dans ce contexte[192], elle n'a reçu qu'une réponse marginale et parfois ambiguë dans le droit de l'audiovisuel, à laquelle une analyse est consacrée à la fin de la thèse[193]. En la matière, ce sont surtout le droit international et le droit du Conseil de l'Europe qui ont fait de la diversité culturelle une entrée vers le pluralisme[194]. Par conséquent, la question de la reconnaissance et de l'expression des identités collectives est mise de côté dans les développements contextuels suivants[195].

a – Fermeture sociale

38. Position du problème – La question de la diversité s'enracine dans un mouvement d'homogénéisation et de fermeture qui transcende les champs sociaux et lui confère un caractère ubiquiste. La dénonciation de l'endogamie sociale conduit à départager les individus en groupes sociaux définis au regard de leurs possibilités d'accéder à toutes les sphères sociales. Dans ce contexte, le problème de la diversité a été construit par le haut.

39. La représentativité des armées et de la police – G. Calvès a montré l'essor pragmatique qu'il a connu à la fin des années 1990 dans deux secteurs alors en tension, l'armée

---

[190] M. GUYOMAR, « Édito », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 1.
[191] J. –P. RAFFARIN *in* C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : Relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Rapport au Premier ministre, 2004, p. 3. V. ég. annexe décr. n° 2008-328 du 9 avril 2008 *portant création d'un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution*.
[192] V. not. M. WIEVIORKA, *Rapport à la Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche sur La Diversité*, Paris, Robert Laffont, 2008, p. 25-51.
[193] V. *infra* § 760 et suiv.
[194] V. *supra*, § 17.
[195] V. par ex. sur cette approche, E. LE TEXIER, D. LACORNE, O. ESTEVES (dir.), *Les politiques de la diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010 ; P. SCHUCK, « Gérer la diversité sociale », *ARSP*, n° 51, 2008, p. 223-36.

et la police[196], avant de gagner les autres champs sociaux. Avec la fin de la conscription universelle et la professionnalisation des métiers de l'arme, la rupture du lien entre l'armée et la Nation pousse l'institution militaire à rechercher de nouvelles sources de légitimité et de viviers de candidats[197]. En 1995, un rapport sénatorial interroge l'avenir du service national et envisage « *l'élargissement du recrutement des armées aux communautés issues de l'immigration* [afin] *d'accroître la représentativité de l'armée professionnelle* »[198] et de pallier les « *difficultés de recrutement auxquelles sont confrontées les armées professionnelles* »[199]. Les bases du problème de la diversité dans les emplois militaires sont posées et ne se déliteront pas par la suite[200]. Cette difficulté très palpable au sein des armées a également connu un fort écho dans l'institution policière. L'idée d'une police qui reflète la population s'est imposée avec force dans de nombreux pays où l'administration s'est trouvée confrontée à une dégradation des relations des usagers avec ses agents. Le recrutement volontariste de policiers d'origines diverses y est vu comme un moyen d'enrayer les accusations de racisme et de discrimination et de rapprocher les policiers de la population. En 1999, le ministre de l'Intérieur déclare ainsi qu'il faut « *que la police nationale soit à l'image de la population* [et] *diversifier les recrutements* [pour] *permettre l'accueil, au sein des services de police, des jeunes issus de l'immigration* »[201].

40. « *Écrans pâles* »[202] à la télévision – À peu près au même moment, le CSA commence à s'intéresser à la représentation de la diversité de la société française dans les programmes audiovisuels[203]. À la suite de revendications exprimées par la société civile, le régulateur

---

[196] G. CALVES, « "Refléter la diversité de la population française" : naissance et développement d'un objectif flou », *RISS*, n° 183, 2005, p. 177. Sur cette question, v. par ex. E. SETTOUL (coord.), « Les descendants de l'immigration dans l'armée et la police » (dossier), *Migrations Sociétés*, n° 69, 2017, p. 3-134.

[197] B. BOËNE, « La représentativité des armées et ses enjeux. Revue de la littérature, comparaison des cas français, américain et britannique », *L'Année sociologique*, n° 2, 2011, p. 353 ; C. SCHOLZ, « L'attractivité des armées auprès des minorités Ethniques en Europe : une comparaison Allemagne, France, Grande-Bretagne », *Fiche de l'Irsem*, n° 2, 2010, p. 1.

[198] S. VINÇON, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur l'avenir du service national*, Rapport au Sénat, n° 349, 1996, § II, B), 2), c). V. déjà Y. BIVILLE, *Armées et population à problèmes d'intégration : le cas des jeunes Français d'origine maghrébine*, Compiègne, Centre d'études sur la sélection du personnel de l'armée de terre, 1990.

[199] S. VINÇON, *Rapport d'information […]*, *op. cit.*, § II, B), 2), c).

[200] F. JONNET, *Officiers : oser la diversité. Pour une recomposition sociale des armées françaises*, Paris, L'Harmattan, 2013 ; F. CLEMENCEAU, « Armée : pourquoi les généraux résistent à la diversité », *Le JDD*, 24 mars 2018.

[201] J. –P. CHEVENEMENT, *Déclarations sur les moyens engagés pour lutter contre la délinquance et le rôle des préfets en matière de sécurité, sur l'accès à la citoyenneté et la réforme de l'État*, Paris, 15 février 1999.

[202] CSA, HCI, FASILD, *Écrans pâles ? Diversité culturelle et culture commune dans l'audiovisuel*, Paris, La Documentation française, 2004.

[203] V. déjà J. CAMPET, *L'avenir de la télévision publique*, Rapport au ministre de la Communication, 1993, p. 16.

commande une étude quantitative sur la perception de la diversité à la télévision[204]. Encouragé par le gouvernement[205], il introduit dans les conventions des télévisions privées un engagement de « *prendre en considération à l'antenne la diversité des origines et des cultures de la population française* »[206]. Après un colloque et un rapport de synthèse en la matière[207], la loi sur l'égalité des chances donne une base législative à l'action du CSA pour qu'« *il veille* […] *auprès des éditeurs de services de radio et de télévision* […] *à ce que la programmation reflète la diversité de la société française* »[208]. Entre-temps, le Président de la République avait exhorté les médias au lendemain des tensions urbaines de 2005 à agir dans ce domaine[209]. En 2008, le CSA commande une nouvelle étude sur la perception de la diversité à la télévision[210]. Les lois du 5 mars 2009 et du 27 janvier 2017 renforcent encore les missions du CSA et les obligations des sociétés nationales de programme (SNP)[211].

41. Représenter la diversité en politique – Au milieu des années 2000, le problème de la représentation de la diversité renouvelle la question de la place dans les instances politiques des personnes percues comme « non blanches », là où les tentatives d'un droit à la différence formulées au début des années 1980 avaient échoué à percer la barrière de l'égalité sans distinction[212]. Preuve de ce renouvellement des termes du débat, le Conseil d'État reconnait dès le début des années 2000 que l'occupation des responsabilités politiques par des hommes au profil homogène témoigne d'une difficulté sociétale à diversifier les élites[213]. Comme le discours de la parité dans les années 1990, la diversité renvoie alors aux interrogations sur le lien entre représentants et représentés dans un système démocratique formellement universel

---

[204] Sur cet épisode, v. I. RIGONI, « Introduction » *in* I. RIGONI (dir.), *Qui a peur de la télévision en couleurs ? La diversité culturelle dans les médias*, Montreuil, Aux lieux d'être, 2007, p. 26 ; M. – F. MALONGO, *Présence et représentation des minorités visibles à la télévision française*, CSA, 2000.
[205] L. JOSPIN, *Déclaration de M. Lionel Jospin, Premier ministre, sur la lutte contre la discrimination raciale et l'exclusion sociale et sur les mesures prises pour y parvenir*, Paris, 18 mars 2000.
[206] V. par ex. CSA, déc. n° 2000-1021 du 29 novembre 2000 *portant reconduction de l'autorisation délivrée à la société Canal Plus modifiée par : avenant n° 1 du 27 novembre 2000 et avenant n° 2 du 19 décembre 2000*.
[207] CSA, HCI, FASILD, *Écrans pâles ? Diversité culturelle et culture commune dans l'audiovisuel*, Paris, La Documentation française, 2004 ; CSA, *La représentation de la diversité des origines et des cultures à la télévision et à la radio. Bilan 2005*, 2006.
[208] Art. 47 loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 *pour l'égalité des chances*.
[209] B. GURREY, « M. Chirac diagnostique une "crise d'identité" », *Le Monde*, 16 novembre 2005.
[210] E. MACE, *Étude de la perception de la diversité dans les programmes de télévision*, Rapport au CSA, 2008.
[211] Not. art. 1, 3, 6 et 25 loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 *relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision* ; art. 182 et 184 loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.
[212] P. SIMON, A. ESCAFRE-DUBLET, « Représenter la diversité en politique […] », *op. cit.*, p. 135.
[213] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public, 2002, p. 359.

qui, dans les faits, se révèle excluant pour une partie de la population[214]. Et comme pour les femmes dans les années 1980, la voie a été ouverte par l'Exécutif qui a procédé à des nominations à des postes clés de personnalités qui ont été volontiers érigées en symbole du modèle républicain d'intégration. Par la suite, les partis politiques ont été conquis par l'idée qu'il pouvait y avoir une plus-value électorale à s'adresser aux individus qui s'estiment insuffisamment représentés[215]. Depuis, le sujet est ravivé à l'occasion de chaque séquence politique[216]. À l'instar de l'idée paritaire, la représentation de la diversité est aussi relayée par des groupes de pression qui s'attachent à interpeller les responsables politiques[217]. Parmi eux, le CRAN s'illustre par ses enquêtes statistiques dans les instances élues[218].

42. Démocratiser l'emploi public et les grandes écoles – Dans les années 2000, le problème de la diversité s'attache aussi à l'*homo economicus*, à travers la sphère socioéconomique des disparités réelles. La réflexion se concentre sur les moyens de construire une fonction publique et des grandes écoles réellement porteuses d'égalité des chances et effectivement représentatives de la diversité. Dès 2003, le rapport public du Conseil d'État définissait la difficulté en ces termes : « *l'appropriation d'un trop grand nombre de postes de responsabilité dans l'administration, dans l'économie, et dans la politique par des hommes ayant le même profil* [...] *est la marque d'une société qui peine à renouveler ou diversifier ses élites* »[219].

43. Dans l'imaginaire républicain, les grandes écoles et les Classes préparatoires aux grandes écoles (CPGE) sont de puissantes vectrices de mobilité sociale, permettant à tous les individus, quelles que soient leur origine sociale et leurs spécificités individuelles, et selon leur seul mérite, d'accéder à une élite[220]. Ces valeurs méritocratiques et égalitaires ont une dimension pure et parfaite, faisant abstraction des inégalités héritées du milieu social et des

---

[214] V. par ex. J. W. SCOTT, *La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998, spéc. p. 226.
[215] V. par ex. E. KESLASSY, *Ouvrir la politique à la diversité*, Institut Montaigne, 2009, p. 46.
[216] V. par ex. E. KESLASSY, *Quelle place pour les minorités visibles ? […]*, *op. cit.* ; L. ROUBAN, *Les députés de 2012 : quelle diversité ?*, CEVIPOF, 2012 ; A. MOINE, « La résurgence des interrogations relatives à la représentativité des élus lors de la campagne présidentielle de 2017 », *Civitas Europa*, n° 39, 2017 p. 181-201.
[217] V. par ex. les Mariannes de la diversité, le Club 21e Siècle ou le Club Averroès.
[218] V. par ex. CRAN, BANLIEUE CITOYENNE, *Enquête exclusive du CRAN et Banlieue citoyenne sur les législatives et la diversité*, 2012 ; CRAN, *Parité & Diversité, Maires & adjoint. e. s*, 2014 ; CRAN, *Conseils généraux et diversité : Enquête sur l'apartheid français*, 2015.
[219] CE, *Perspectives pour la fonction publique*, *op. cit.*, p. 359.
[220] Pour un aperçu historique, v. Y. BODIN, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires culturelles par la mission d'information portant sur la diversité sociale et l'égalité des chances dans la composition des classes préparatoires aux grandes écoles*, Sénat, n° 441, 2007, p. 14-8.

conditions de vie. Dès les années 1960, la sociologie de l'éducation remet en cause cette perception en s'alignant sur l'égalité des chances pour mesurer l'écart qui existe entre ce modèle et la réalité et montrer que la distribution des performances scolaires et la formation des élites restent lourdement déterminées par le milieu social des élèves[221]. Dans les années 1990, les sociologues formulent le constat objectif d'une ségrégation verticale[222]. Les filières d'excellence censées être ouvertes aux élèves de tous les milieux sociaux, sous réserve qu'ils aient le niveau académique, sont de fait accaparées par les jeunes aux origines socioéconomiques et territoriales très favorisées.

44. Dans la fonction publique, le système de carrière unifié et l'encadrement très strict des procédures de concours sous le contrôle du juge ont longtemps laissé croire qu'elle était imperméable aux inégalités. Cette perception était d'autant plus forte qu'historiquement elle a été un levier de mobilité sociale important sous la III^e^ République, puis entre 1955 et 1965[223]. À cet « *âge d'or de la démocratisation* »[224] succède dans les années 1970 une période de fermeture sociale et un blocage de l'ascenseur social. Le mouvement commence par la haute fonction publique, à savoir les emplois à responsabilités de cadres dirigeants et d'emplois de direction[225]. Le phénomène gagne ensuite l'ensemble de l'emploi public. La question de l'impact de cette fermeture sur certains groupes sociaux est posée par de nombreux travaux qui mettent en exergue l'existence de déséquilibres démographiques imputant à la fonction

---

[221] F. DUBET, *Les places et les chances […]*, *op. cit*., p. 64. V. not. P. BOURDIEU, J. –C. PASSERON, *Les héritiers : les étudiants et la culture*, Les éd. de minuit, 1964 ; P. BOURDIEU, *La Noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Les éd. de minuit, 1989.

[222] V. not. M. EURIAT, C. THELOT, « Le recrutement de l'élite scolaire en France. Évolution des inégalités de 1950 à 1990 », *RFS*, n° 3, 1995, p. 403-38 ; M. CHEURFA, V. TIBERJ, *Le concours d'entrée à Sciences Po. Inégalités d'accès et inégalités sociales*, Rapport à Sciences Po Paris, 2001 ; Y. BODIN, *Rapport d'information […]*, *op. cit.*, p. 45-59 ; I. KABA-LANGLOIS (dir.), « L'état de l'enseignement supérieur et de la recherche en France », *MESR*, n° 10, 2017, p. 54-5.

[223] Pour un aperçu, v. par ex. G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la DGAFP, 2005, p. 19-20 ; F. LARAT, F. EDEL, « Les emplois publics sont-ils accessibles à tous ? », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 5-13 ; C. CHARLE, *Histoire sociale de la France au XIX^e^ siècle*, Paris, Éd. Points, 2015, p. 194 et 262 ; J. –L. BODIGUEL, « L'emploi public de 1955 à 1970 : problèmes et solutions » *in* MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA REFORME DE L'ÉTAT, *L'observatoire de l'emploi public*, Rapport annuel, 2001, p. 175-82 ; J. L. BODIGUEL, « Une voie de promotion sociale : la fonction publique ? » *in* S. BERSTEIN, O. RUDELLE, *Le modèle républicain*, Paris, PUF, 1992, p. 283-304.

[224] G. CALVES, *Renouvellement démographique […]*, *op. cit*., p. 19.

[225] V. par ex. J. –M. EYMERI, *La fabrique des énarques*, Paris, Economica, 2001 ; L. ROUBAN, *La fonction publique*, Paris, La Découverte, 3^e^ éd., 2009, p. 59 ; F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, *op. cit*., p. 10.

publique de ne pas refléter la société, au sens où le profil sociodémographique des agents n'est pas celui de la population[226].

45. Dans ce contexte, la diversité est érigée par les responsables politiques et administratifs en impératif d'égalité des chances et de démocratisation. L'enjeu pour ces institutions est d'être accessibles à toutes les franges de la société, d'être à la portée de tous pour « *redonner corps à la méritocratie républicaine* »[227]. Dans cet esprit, l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris a conclu dès 2001 des conventions de partenariat dites « conventions éducation prioritaire » (CEP) avec des lycées de la géographie prioritaire[228]. Les lycéens de ces établissements qui sont sélectionnés suivent des mesures propédeutiques durant leur scolarité, à l'issue de laquelle ils candidatent à un concours d'entrée qui leur est réservé. Dans le même ordre d'idées, l'École supérieure des sciences économiques et commerciales (ESSEC) a lancé en 2002 un programme intitulé « Une grande école, une classe prépa, pourquoi pas moi ? », rebaptisé ensuite « Une grande école : pourquoi pas moi ? » (PQPM). Le dispositif érige ici aussi un pont entre l'enseignement secondaire de la géographie prioritaire et l'enseignement supérieur à travers un soutien pédagogique dispensé à des élèves qui ne se prédestinent pas forcément aux études supérieures. Le principe retenu par l'ESSEC est aujourd'hui le référentiel de dispositifs d'ouverture sociale de près de 250 établissements d'enseignement supérieur[229]. Cette dynamique de réseau a aussi inspiré aux pouvoirs publics la création d'une Charte des cordées

---

[226] V. par ex. J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut national du service public*, Rapport au Premier ministre, 2021, p. 9-10 ; L. HALLE, Y. L'HORTY, P. PETIT et *al.*, « Les discriminations dans l'accès à l'emploi privé et public : les effets de l'origine, de l'adresse, du sexe et de l'orientation sexuelle », *TEPP*, n° 2018-05, 2018 ; O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier ministre, 2017, p. 32-4 ; Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier ministre, 2016, p. 67-76 ; E. BARADJI, S. IDMACHICHE, A. SCHREIBER, « Les descendants d'immigrés dans la fonction publique », *Insee références*, 2012, p. 77-94 ; C. MARRY, L. BERENI, A. JACQUEMART et *al*., *Le plafond de verre dans les ministères. Une analyse de la fabrication organisationnelle des dirigeant.e.s*, DGAFP, 2014 ; T. BASSET et *al*., *Les profils des élèves administrateurs de l'INET*, Enquête réalisée par les élèves administrateurs de la promotion Paul Eluard, 2013, p. 15-25 ; F. GUEGOT, *L'égalité professionnelle hommes-femmes dans la fonction publique*, Rapport au Président de la République, 2011, p. 11-4 ; M. EBERHARD, D. MEURS, P. SIMON, *Construction d'une méthodologie d'observation de l'accès et du déroulement de carrière des générations issues de l'immigration dans la fonction publique*, INED, Rapport à l'ACSÉ, 2008, spéc. p. 118-20 ; G. CALVES, « Il y a une autoreproduction malsaine dans la fonction publique », *AJDA*, n° 8, 2005, p. 404 ; J. POUGET, « La fonction publique : vers plus de diversité ? » *in France : portrait social. Éditions 2005-2006*, Insee, 2005, p. 143-62 ; A. –M. COLMOU, *L'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes*, Rapport au ministère de la Fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, 1999.

[227] Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, *op. cit.*, 2 février 2010, p. 2.

[228] Sur la genèse v. R. DESCOINGS, *Sciences Po : de la Courneuve à Shanghai*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2007, p. 351-88 ; C. DELHAY, *Promotion ZEP : Des quartiers à Sciences Po*, Paris, Hachette Littérature, 2006 ; V. M. CHEURFA, V. TIBERJ, *Le concours d'entrée à Sciences Po. Inégalités d'accès et inégalités sociales*, Rapport à l'IEP de Paris, 2001.

[229] V. par ex. ÉCOLE POLYTECHNIQUE, *Rapport d'activité 2015-2016. Cordée de la Réussite : « Une Grande École, Pourquoi Pas Moi ? »*, 2016, p. 4-7 et 17-8.

de la réussite dans l'objectif d'encourager et fédérer ces opérations[230], ainsi que des Cordées du service public pour faire connaître les métiers du secteur public aux jeunes des écoles de la géographie prioritaire[231]. La question de la diversité a donc également gagné l'ensemble de l'administration dans les années 2000, spécialement à la faveur de deux rapports commandés en 2004 et 2005[232]. Presque toujours invoquée à propos de la modernisation des voies d'accès à l'emploi public, elle est depuis l'objet d'une actualité soutenue. Alors que les rapports aux pouvoirs publics se sont succédé[233], plusieurs mesures visant à ouvrir les emplois publics ont été adoptées ces vingt dernières années[234].

b – Discriminations

46. Montée en puissance de l'action publique et renforcement du cadre juridique antidiscriminatoires – À peu près au même moment, « *l'invention de la diversité* »[235] se joue aussi par un singulier « *effet d'alliance* […] *et de domino* »[236] qui voit les sphères économiques et politiques embrasser le thème de la diversité dans le cadre de la mise sur agenda de la lutte contre les discriminations[237]. Pendant longtemps, le droit français a ignoré le phénomène des discriminations en raison de sa conception universaliste qui impliquait l'indistinction entre les individus. Celui-ci constituait un impensé politique, sous peine de porter atteinte à l'indivisibilité de la République, à l'égalité entre les citoyens et à l'unité de la Nation[238]. À la

---

[230] Charte des « Cordées de la réussite ».
[231] https://www.fonction-publique.gouv.fr/score/ecoles-formation/talents-du-service-public.
[232] D. VERSINI, *Rapport sur la diversité […]*, *op. cit.* ; G. CALVES, *Renouvellement démographique […]*, *op. cit.*
[233] Pour ne citer que quelques rapports centrés sur le sujet, v. A. BEGAG, *La République à ciel ouvert*, Rapport au ministre de l'Intérieur, de la Sécurité et des Libertés locales, 2004 ; G. GEOFFROY, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la diversité du recrutement dans la gendarmerie et la police nationales*, AN, nº 3999, 2011 ; O. ROUSSELLE, *Les écoles […]*, *op. cit.*, ; F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, *op. cit.* ; MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance nº 2021-238 du 3 mars 2021 favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public*, 2021 ; J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut […]*, *op. cit.*
[234] V. *infra* § 408 et suiv.
[235] R. SENAC, *L'invention de la diversité*, Paris, PUF, 2012.
[236] M. G. BRUNA, « Diversité dans l'entreprise […] », *op. cit.*, p. 209.
[237] Sur cette construction, v. par ex. D. FASSIN, « L'invention française de la discrimination », *RFSP*, nº 4, 2002, p. 403-23 ; A. TANDE, « La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005). Entre intégration et égalité des chances », *Informations sociales*, nº 148, p. 20-31 ; V. DE RUDDER, F. VOURC'H, « Les discriminations racistes dans le monde du travail » *in* D. FASSIN, E. FASSIN (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? […]*, *op. cit.*, p. 175-94 ; A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, 2014.
[238] Sur ce point, v. par ex. V. DE RUDDER, C. POIRET, F. VOURC'H, *L'inégalité raciste. L'universalité républicaine à l'épreuve*, Paris, PUF, 2000 ; O. NOËL, « Lorsque la discrimination se cachait derrière l'intégration : la lente émergence des discriminations à l'embauche des jeunes issus de familles immigrées » *in* M. BOUCHER (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 395-408.

différence des États-Unis où dès les années 1960-1970 de grandes lois ont donné lieu à des politiques antidiscriminatoires, c'est seulement à la fin des années 1990 que les discriminations à raison du sexe, puis de la « race », sont érigées en problème public sous la poussée croisée de travaux institutionnels et militants et du droit européen[239]. Avec l'introduction à l'article 13 du traité d'Amsterdam d'une clause autorisant l'Union à combattre les discriminations en 1997, deux directives sont adoptées en 2000 à l'effet de pourvoir l'Union d'une législation antidiscriminatoire[240]. En 2001, la loi relative à la lutte contre les discriminations, complétée en 2008 par un second texte, transpose ces directives[241]. La HALDE est créée en 2004 avec la mission de saisir, recueillir et instruire les plaintes pour discrimination, ainsi que de favoriser une résolution amiable du litige ou d'accompagner les plaignants en justice[242]. Ces évolutions du droit positif révèlent alors les tensions entre une volonté politique de lutter contre les discriminations et les apories d'en appréhender la dimension ethno-raciale dans un système juridique résolument *color-blind*[243].

47. La diffusion du thème de la diversité s'inscrit donc dans ce double contexte de mise en œuvre d'une action publique antidiscriminatoire et d'incertitudes quant à la possibilité de mener

---

[239] V. not. HCI, *Les étrangers et l'emploi*, Rapport au Premier Ministre, 1993, spéc. p. 40 ; M. LONG, « Le principe d'égalité et les étrangers » *in* CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, 1998, p. 121 ; P. BATAILLE, *Le racisme au travail*, La Découverte, 1997 ; HCI, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Rapport au Premier Ministre, 1998 ; circ. nº 99/000 13C du 18 janvier 1999 *concernant la création de commissions départementales d'accès à la citoyenneté* ; J. –M. BELORGEY, *Lutter contre les discriminations*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité, 1999 ; M. AUBRY, *Déclaration de Grenelle sur les discriminations raciales*, 11 mai 1999 ; circ. nº NOR : PRMX0004098C du 2 mai 2000 *relative à l'accès à la citoyenneté et la lutte contre les discriminations* ; M. AUBRY, *Déclaration sur la mise en place d'un numéro de téléphone gratuit (le 114) pour lutter contre les discriminations raciales*, Paris, 16 mai 2000 ; P. BATAILLE, J. GUEDJ (dir.), *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers (secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques)*, GELD, 2000.

[240] Dir. nº 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* ; dir. nº 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*. Sur cet épisode, v. not. V. GUIRAUDON, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive "race" », *Sociétés contemporaines*, nº 53, 2004, p. 11-32 ; J. RINGELHEIM, « L'Europe en quête d'égalité. Genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique » *in* F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), *Diversité […]*, *op. cit.*, p. 99-119.

[241] Loi nº 2001-1066 du 16 novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations* ; loi nº 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

[242] Loi nº 2004-1486 du 30 décembre 2004 *portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*.

[243] V. par ex. G. CALVES, « "Il n'y a pas de race ici" […] », *op. cit.*, p. 173-86 ; P. SIMON, J. STAVO-DEBAUGE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, nº 53, 2004, p. 57-84 ; M. MINE, « Discriminations : une transposition laborieuse », *RDT*, nº 9 et 12, 2008, p. 532-4 et 741-4 ; F. GUIOMARD, « L'impact juridique des lois récentes relatives aux discriminations dans l'emploi en France » *in* J. RINGELHEIM, G. HERMAN, A. REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 85-100.

ce type de politique en France. L'impulsion est donnée par les milieux économiques. Entre 2004 et 2006, l'Institut Montaigne[244] publie trois rapports traitant de la discrimination, de l'égalité des chances et de la diversité[245]. Dans le même temps, C. Bébéar, alors haut dirigeant d'entreprise, remet un rapport au gouvernement de J.-P. Raffarin, dont les propositions s'inscrivent dans le prolongement des travaux de l'Institut[246]. La diversité y est souvent présentée de manière ambiguë, à la fois pour décrire l'état de la société française et l'objectif qu'elle devrait atteindre. Les auteurs de ce travail partagent le constat de la faible proportion des personnes qu'ils appellent les « minorités visibles » dans l'ensemble des secteurs de la vie du pays. Ils dénoncent le refus de la République d'admettre la diversité de la population et l'inadaptation du cadre juridique pour lutter contre l'exclusion de ces personnes. La loi informatique et libertés est critiquée par exemple pour empêcher les employeurs d'utiliser efficacement la statistique pour mesurer la diversité[247]. Dans ce contexte, les auteurs invitent les acteurs de la société civile, en particulier les entreprises, à amplifier leur action pour lutter contre les discriminations et promouvoir l'égalité des chances. Les organisations patronales et quelques personnalités du milieu des affaires lancent une charte de la diversité en 2004 avec le soutien des autorités[248]. Les signataires, une quarantaine lors de la publication, s'engagent notamment à « *promouvoir l'application du principe de non-discrimination* » et à « *chercher à refléter la diversité de la société française* »[249] dans les effectifs des entreprises. Avant la signature de la charte, plusieurs actions avaient été menées avec les financements européens sans connaître la même publicité[250]. Dans le même temps, la mission d'étude portant sur la diversité dans la fonction publique confiée à D. Versini propose de créer une Charte analogue

---

[244] L'Institut Montaigne est un laboratoire d'idées d'obédience libérale créé en 2000 à l'initiative de C. Bébéar. Il réunit des chefs d'entreprise, des hauts fonctionnaires, des universitaires et des personnalités diverses. Il se donne pour objet d'élaborer des propositions concrètes autour des politiques publiques.

[245] Y. SABEG, L. MEHAIGNERIE, *Les oubliés […]*, *op. cit.* ; L. BLIVET, *Ni quotas, ni indifférences : les entreprises et l'égalité positive*, Institut Montaigne, 2004 ; R. GEISS, E. KESLASSY, D. LAURENT, *Ouvrir les grandes écoles à la diversité*, 2006.

[246] C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France*, Rapport au Premier ministre, 2004.

[247] *Ibid*., p. 18-20.

[248] Not. C. Bébéar (Axa, IMS entreprendre pour la cité), Y. Sabeg (CS Groupe) et B. Collomb (Lafarge, AFEP). Elle est relayée par un ensemble de partenaires institutionnels et privés, nationaux et locaux (CGET, CCI, ANDRH, CGPME, CJD, DIAN (ex DAAEN), DGEFP, FACE, DDD, Les entreprises pour la cité, MEDEF, UPA, UDES, Pole emploi, etc. Sur l'élaboration, v. not. R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail », *Développement durable et territoires*, 2006.

[249] § 2 et 3, Charte de la diversité, 2018.

[250] Pour un aperçu, v. par ex. M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Les projets EQUAL, retour sur une expérimentation : la construction de la lutte contre les discriminations ethno-raciales "à la française" » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, F. HERAN et *al*. (dir.), *Discriminations : état de la recherche*, Marne-la-Vallée, Colloque de l'ARDIS, 13 décembre 2013, p. 8.

dans les emplois publics[251]. Dès 2005, la thématique de la diversité gagne le terrain de la négociation professionnelle[252]. L'année suivante, un ANI est signé[253]. Tout au long de l'année 2006, la médiatisation du thème de la diversité croît alors qu'un discours politique fort est développé sur le principe d'égalité des chances[254]. Les acteurs du milieu économique et les autorités s'emploient à relayer ces diverses initiatives[255]. Entre-temps, le rayonnement de la Charte s'accroît dans le sillage des mouvements urbains de novembre 2005 qui révèlent les discriminations frappant une partie de la population[256]. En 2008, elle est signée par près de 2000 entreprises, alors qu'un Label Diversité est créé avec le concours de l'État pour reconnaître et encourager les employeurs publics ou privés qui s'engagent dans cette démarche[257]. Celui-ci marque une distanciation avec la dimension ethno-raciale qui prévalait jusqu'alors, puisqu'il se réfère à tous les critères de discrimination. Avec le Label, la « *diversité s'impose* […] *comme une notion clé dans le champ de la lutte contre les discriminations* »[258]. En 2011, le Code de commerce est complété par l'intégration au *reporting* des entreprises d'une mention sur leurs actions « *en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités* »[259]. Le dispositif de *reporting* est enrichi sous l'effet d'une directive européenne de 2014 concernant la publication d'informations relatives à la diversité, dont la révision est à l'étude[260]. Comme pour les appareillages précédents, ce texte a été accompagné d'un discours soulignant les atouts supposés de la diversité.

---

[251] D. VERSINI, *Rapport sur la diversité […]*, *op. cit*., not. p. 99.
[252] V. par ex. PSA, *Accord sur la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 8 septembre 2004.
[253] *ANI relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[254] Loi nº 2006-396 du 31 mars 2006 *pour l'égalité des chances*.
[255] V. par ex. le « tour de France de la diversité », initié par le ministre délégué à l'égalité des chances en 2006. Ces diverses initiatives mobilisent not. les syndicats d'employeurs et les organisations proches (MEDEF, CGPME, AFEP, CJDE, AFEP, CCI), les organisations professionnelles (ANDRH, AFMD) ou les relais de l'emploi (FACE).
[256] P. SIMON, « "La crise du modèle d'intégration". Le modèle social français », *Cahiers Français*, nº 330, 2006, p. 62-7 ; P. SIMON, « L'intégration menacée ? Les discriminations et l'émergence de minorités ethniques en France », *Cahiers Français*, nº 352, 2009, p. 83-7.
[257] Décr. nº 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*.
[258] J. LAUFER, « L'égalité professionnelle […] », *op. cit.*, p. 39.
[259] Art. 9 loi nº 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, art. L. 225-102-1 c. com.
[260] Dir. nº 2014/95/UE du PE et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la dir. 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* ; ord. nº 2017-1180 du 19 juillet 2017 *relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises* ; prop. nº COM/2021/189 final du 21 avril 2021 *for a dir. of the european parliament and the council amending dir. 2013/34/EU, dir. 2004/109/EC, dir. 2006/43/EC and regulation (EU) nº 537/2014, as regards corporate sustainability reporting*.

B – La valeur utilitariste de la diversité

48. Position du problème – Au premier abord, il n'est pas dans les préoccupations des employeurs publics ou privés, des grandes écoles ou même des médias de s'attacher à refléter la société[261]. C'est sans compter la valeur de la diversité qui réside aussi dans son utilité collective. Pour la doctrine de l'utilitarisme, peuvent « *être qualifiées de justes et vertueuses les actions qui contribuent à accroître le bonheur de tous ou du plus grand nombre* »[262]. Sous ce rapport, la diversité donne une image pacifiée et productive de l'ordre social. Elle « *s'ancre dans le principe d'un enrichissement collectif, et finalement dans l'intérêt de la majorité* »[263]. Cette rationalité était en germe dès les premières expérimentations préférentielles des universités américaines[264]. Elle est affirmée dans l'opinion du juge Powell sur l'affaire *Bakke*, qui assoit sa valeur instrumentale pour l'université, mais aussi pour la société tout entière. Si la diversité est un intérêt public impérieux dit le juge, c'est pour sa propension à former une « *atmosphère de spéculation, d'expérimentation et de création* »[265] conforme à la vocation des universités, mais aussi parce qu'il est « *capital, "pour l'avenir de la Nation, que notre élite soit, au cours de sa formation, profondément immergée" dans une diversité d'idées et de mœurs qui reflète celle de notre Nation* »[266].

49. Sous ce rapport historico-comparatiste, il n'est guère surprenant que les grandes écoles aient rapidement réactivé les rhétoriques académiques de la diversité sous un jour « *gagnant gagnant* »[267]. Selon elles, l'absence de diversité parmi le corps des étudiants est un gâchis pour les futures élites. Les étudiats tirent profit d'effectifs diversifiés en tant qu'ils apportent une richesse intellectuelle et une meilleure adaptation aux réalités[268]. *In fine*, la démocratisation des grandes écoles rejaillirait donc sur la société dans son ensemble[269]. La diversité est aussi un

---

[261] V. par ex. R. DESCOINGS, *Sciences Po […]*, *op. cit.*, 2007, p. 358.
[262] I. BARTH, « Enjeux et limites du management de la diversité dans le cadre des forces de vente » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Le management de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 155 selon les préceptes de J. Bentham.
[263] L. BERENI, A. JAUNAIT, « "Usages de la diversité" », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 8.
[264] J. THERMES, *Essor et déclin de l'affirmative action : les étudiants noirs à Harvard, Yale et Princeton*, Paris, CNRS Éd., 1999, p. 51-2.
[265] L. Powell cité *in* D. SABBAGH, « La tentation de l'opacité […] », *op. cit.*, p. 9.
[266] L. Powell cité *in* E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 937. Ce contenu argumentatif a ensuite été confirmé dans la jurisprudence ultérieure.
[267] K. ANDRE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Dix ans après : quel impact sur les tuteurs et les tutorés ?*, ESSEC, 2012, p. 39.
[268] Al., 5, préambule, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005, C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles. Livre blanc des pratiques. Premiers résultats et perspectives*, CGE, 2010, p. 16.
[269] ACCENTURE, *Une grande école pourquoi pas moi ? Un programme qui fait bouger les lignes*, Accenture, 2012, p. 21 ; Y. BODIN, *Rapport d'information […]*, *op. cit.*, p. 7.

enjeu de justice sociale et surtout d'éthique pour ces établissements dont la légitimité est mise à mal par les critiques sur leur entre soi[270]. Parallèlement, le management de la diversité des effectifs administratifs de l'école est présenté comme un moyen d'optimiser la qualité du service et de satisfaire l'usager[271]. L'argument fait écho à l'influence du *new management public* et de la révision générale des politiques publiques (RGPP) sur les discours de la diversité dans l'emploi public[272]. Dans ce cadre rhétorique, la diversité des agents est une affaire d'égalité autant que de performance. Selon ces arguments, c'est une exigence de justice sociale exprimée par la société civile, mais aussi un défi posé à l'administration pour améliorer son efficacité managériale et renforcer sa légitimité auprès des usagers[273].

50. Ce fondement utilitariste est également au cœur des discours sur la diversité en entreprise qui défendent une économie à la fois moderne et morale, efficace et concurrentielle en même temps que progressiste et ouverte[274]. Refusant d'opposer impératif éthique, injonction juridique à ne pas discriminer et intérêt économique, les *leaders* patronaux ont progressivement opéré une combinaison syncrétique de ces considérations pour faire de la diversité le « *volet "positif" de la lutte contre les discriminations* »[275]. Dans la lignée du *diversity management* aux États-Unis, cette fusion entre justice et marché s'est traduite par la mise en valeur de la diversité comme argument de performance et d'efficacité[276]. Selon la formule consacrée, « *good diversity is good business* »[277]. La diversité est érigée en moyen au service du marché alors que la discrimination est discréditée pour son caractère économiquement irrationnel[278].

---

[270] V. par ex. R. DESCOINGS, *Sciences Po […]*, *op. cit.*, p. 367 ; E. KESLASSY, *Ouvrir les grandes écoles […]*, *op. cit.*, p. 22.
[271] V. sur cette performance G. REDON, « Politique de gestion de la diversité dans les grandes écoles françaises : quelles intentions stratégiques ? », *@GRH*, nº 19, 2016, p. 57.
[272] Sur ces influences, v. par ex. J. LAPIN, « Performance et fonction publique de l'État : les récentes réformes », *RFAP*, nº 131, 2009 p. 601-14 ; J. CHEVALLIER, « Révision générale des politiques publiques et gestion des ressources humaines », *RFAP*, nº 136, 2010, p. 909.
[273] Exposé des motifs, circ. nº NOR : FPPA0500097C du 7 septembre 2005 *relative à la mise en place du volet territorial du parcours d'accès aux carrières de la territoriale de l'hospitalière et de l'État (PACTE)* ; M. VALLS, *Lettre de mission de M. Rousselle*, Paris, 24 février 2016, p. 1 ; CONSEIL D'ORIENTATION DES POLITIQUES DE RESSOURCES HUMAINES, *Mixité sociale, diversité et principe d'égal accès aux emplois publics : quelle ouverture des recrutements dans la fonction publique ?*, DGAFP, 2017, p. 9 ; P. PANNIER, « Diversité : faire changer les pratiques pour respecter le droit », *Les cahiers de la fonction publique*, nº 373, 2017, p. 13.
[274] M. WIEVIORKA, *Rapport à la Ministre […]*, *op. cit.*, p. 14.
[275] Y. SABEG, « Intervention de Y. Sabeg » *in* CAS, *Statistiques « ethniques » : éléments de cadrage*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 107.
[276] Pour un aperçu de ces arguments, v. *infra* § 151 et suiv.
[277] B. SPITZ, *Médias et diversités. Rapport de la Commission Médias et Diversités*, Rapport au Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, 2010, p. 24.
[278] S. JACQUOT, « L'Union européenne et l'émergence de la 'diversité' : évolution de l'action publique communautaire en matière de lutte contre les discriminations » *in États démocratiques et reconnaissance de la « diversité ». Analyse comparée du renouvellement du pluralisme politique*, Toulouse, AFSP, 2007, p. 9-10.

Cette logique a reçu l'approbation des pouvoirs publics. Dès 2004, le Premier ministre J. –P. Raffarin l'avalise comme l'avait fait un peu plus tôt l'Union européenne en développant une approche économique attrayante de la diversité sous l'étiquette de la RSE[279].

§ 3 – La traduction juridique de la diversité

51. Position du problème – Plan – Si la diversité est aujourd'hui un thème central du débat public, elle l'est beaucoup moins s'agissant de la discipline juridique. La diversité intéresse principalement les sciences de gestion[280], ainsi que la sociologie et la science politique, souvent à titre incident à côté de la question des discriminations[281]. La vacuité juridique de cet objet expliquerait le peu d'engouement qu'il suscite chez les juristes[282] (A). Pourtant, le droit ne l'ignore pas, ainsi que les quelques exemples précédents l'ont montré. Ce simple constat invite à prolonger la réflexion (B) par la formulation d'une hypothèse pour éclairer comment est-ce qu'il imprègne le droit, celle du paradigme (C).

---

[279] V. not. COMMISSION EUROPEENNE, *Méthodes et indicateurs mesurant le rapport coût-efficacité des politiques de diversité en entreprise*, 2003 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport sur l'égalité, la diversité et l'élargissement. Rapport sur les mesures pour combattre la discrimination dans les pays adhérents et candidats*, 2003 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Le cas commercial en faveur de la diversité. Bonnes pratiques sur le lieu de travail*, 2005 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Continuer dans la voie de la diversité. Les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, 2008 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Faire de la diversité un gage de talent et de compétitivité pour les PME*, 2008 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Diversité des talents et de la compétitivité. Le cas commercial des PME en faveur de la diversité*, 2008 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Diversité et innovation. Une opportunité commerciale pour tous*, 2009 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Initiatives volontaires en faveur de la diversité en Europe et pour l'Europe : le rôle des chartes de la diversité*, 2009 ; EUROPEAN UNION PLATFORM OF DIVERSITY CHARTERS, *Les chartes de la diversité en Europe : Comprendre les avantages pour l'entreprise*, 2012 ; EUROPEAN UNION PLATFORM OF DIVERSITY CHARTERS, *Implementation Checklist for Diversity Management. Support for voluntary initiatives promoting diversity management at the workplace across the EU*, 2012 ; EUROPEAN UNION PLATFORM OF DIVERSITY CHARTERS, *Assessing Diversity Impact in Business*, 2014 ; EUROPEAN UNION PLATFORM OF DIVERSITY CHARTERS, *Overview of Diversity Management implementation and impact amongst Diversity Charter signatories in the European Union*, 2014 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Diversity within small and medium-sized enterprises best practices and approaches for moving ahead*, 2015.

[280] Pour un état des lieux, v. C. FALCOZ, « Égalité, discrimination, diversité & GRH. Une thématique transversale enrichissant la recherche en comportement organisationnel », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 54, 2016, p. 143

[281] V. néanmoins les travaux de L. Bereni et de M. Doytcheva en bibliographie.

[282] V. néanmoins les travaux de M. Peyronnet en bibliographie, ainsi que l'ouvrage collectif de F. Guiomard et S. Robin-Olivier.

A – La difficulté de penser la diversité comme objet du droit

52. La diversité n'est pas une notion juridique ou un concept juridique – Certains auteurs semblent percevoir la diversité comme un simple objectif politique[283]. D'autres interrogent la nature de la diversité comme objet du droit et par là sa place dans l'ordre juridique. L'introduction d'un mot dans un texte de droit sans définition interpelle les juristes. Le terme « de *"diversité", peut-il avoir un sens en droit ?* »[284] s'interrogent F. Guiomard et S. Robin-Olivier. « *La diversité relève-t-elle du droit ou n'est-elle qu'une question de fait ou un objet politique étranger à la sphère juridique ?* »[285]. Quel(s) rapport(s) ce mot peut-il entretenir avec les autres notions du système juridique ? Et P. Icard et J. Olivier-Leprince de renchérir : « *la diversité de quoi ? la diversité de qui ?* »[286]. Chez la plupart des auteurs, la réponse à ces interrogations est négative, car ils lui récusent toute portée juridique. Pour F. Favennec-Héry, la diversité est une « *terminologie peu juridique* »[287]. Pour G. Koubi, elle est « *dépourvue d'assises solides et de fondements fiables* »[288] ; elle est « *isolée et déconnectée des systèmes de droit* [et] *ne signifie rien* »[289]. Il est vrai que la diversité ne répond pas aux canons juridiques du concept et de la notion. En droit, le concept a été conçu comme un « *instrument intellectuel permettant d'effectuer un aller-retour entre la réalité juridique et l'essence des choses ou des idées. Il exprimerait des vérités ontologiques* »[290]. De manière contemporaine, il renvoie plutôt à « *un simple instrument d'abstraction et d'analyse d'une réalité fuyante, une construction artificielle et contingente de l'esprit, ou encore un outil à des fins de connaissance et de démonstration* »[291]. Il est le résultat d'une réflexion aux aspects « *intemporels et anhistoriques* »[292], une « *création de l'esprit, à laquelle, ensuite on peut fournir une extension*

[283] V. par ex. A. TAILLEFAIT, « La loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté : "impression, soleil couchant" », *AJFP*, nº 4, 2017, p. 195-8 ; D. JEAN-PIERRE, « Égalité, citoyenneté et diversité dans la fonction publique », *JCP A*, nº 12, 2017, p. 37-40.
[284] F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discriminations […] », *op. cit.*, p. 3.
[285] *Ibid.*, p. 15.
[286] P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE, « Avant-propos » *in* P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Le concept […]*, *op. cit.*, p. XVI.
[287] F. FAVENNEC-HERY, « Non-discrimination […] », *op. cit.*, p. 3-7.
[288] G. KOUBI, « Label "diversité". La promotion de la discrimination active », *Droit cri-Tic*, 4 mars 2009.
[289] G. KOUBI, « Rentrée universitaire 2009-2010 […] », *op. cit.*
[290] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2016, p. 324. V. par ex. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1927, p. 149.
[291] C. EISENMANN « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, p. 25 cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit […]*, *op. cit.*, p. 325.
[292] E. R. GRAU, *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et les principes juridiques*, Paris, Éd. Kimé, 2014, p. 148.

dans le réel »[293]. La portée didactique du concept le rendrait propre aux discours théoriques[294]. Il s'en trouve des exemples dans la subjectivité, l'autonomie ou la hiérarchie des normes[295]. Sous cet éclairage, la diversité semble étrangère aux discours théoriques auxquels la doctrine rattache la définition du concept. Elle s'ancre dans le réel qu'elle semble avoir vocation à décrire. Elle n'a donc rien d'une construction artificielle de l'esprit. Sans négliger la difficulté de distinguer juridiquement la notion du concept[296], il est clair également que la diversité n'est pas une notion juridique. De manière générale, la notion part du réel et le synthétise de manière inductive. Elle est formée à partir de l'expérience, ancrée dans une temporalité et une historicité[297]. Elle est descriptive de son objet[298]. De ce point de vue, la diversité pourrait endosser les caractéristiques de la notion, dès lors qu'est retenue sa dimension descriptive. Pourtant ce raisonnement souffre de sa transposition dans le champ juridique. En effet, de nombreux auteurs attribuent le qualificatif de notion « *à un terme de droit positif à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers* »[299]. Elle « *est le moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables : la notion permet de qualifier des faits, c'est-à-dire de les faire rentrer dans une catégorie connue et répertoriée, à laquelle des faits paraissent correspondre* […] *Ainsi, la notion est l'outil qui permet d'opérer des "qualifications" en vue de procéder à "l'imputation" de régimes juridiques déterminés* »[300]. Le service public, la responsabilité, le contrat ou encore l'excès de pouvoir appartiendraient à cette catégorie[301]. Or, aucun régime juridique ne semble rattaché à la diversité dans le droit

---

[293] X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction… » *in* G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009, p. 36. V. aussi P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD*, t. 25, 1980, p. 95.

[294] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit […]*, *op. cit.*, p. 329 ; C. K. OGDEN, I. A. RICHARDS, *The Meaning of Meaning*, New York, Harchourt, Brace & World, 1923 cités par H. DUMEZ, « Qu'est-ce qu'un concept ? », *Le Libellio d'AEGIS*, nº 1, suppl., 2011, spéc. p. 67-70 et 76.

[295] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit […]*, *op. cit.*, p. 329.

[296] V. not. sur ce point V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit […]*, *op. cit.*, p. 328 ; X. BIOY, « Notions et concepts […] », *op. cit.*, p. 22.

[297] E. R. GRAU, *Pourquoi j'ai peur des juges […]*, *op. cit.*, p. 138.

[298] X. BIOY, « Notions et concepts […] », *op. cit.*, p. 36 ; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, F. Maspero, 1976, p. 53-4.

[299] X. BIOY, « Notions et concepts […] », *op. cit.*, p. 39. V. aussi J. –P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, nº 76, 2008, p. 788.

[300] F. –P. BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel » *in* J. –M. GALABERT, M. –R. TERCINET, *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 29.

[301] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit […]*, *op. cit.*, p. 329.

positif, à l'exception peut-être de la programmation audiovisuelle[302]. Un rapport récent du Défenseur des droits souligne qu'« *elle n'implique aucune obligation pour les employeurs et les employeuses et ne confère aucun droit aux salariés ou fonctionnaires éventuellement ciblés* »[303] à travers elle. Elle « *ne donne pas davantage de droit au recours en cas de non-respect* »[304]. En lui-même, le mot « *"diversité" ne confère aucun droit ni aucune obligation autre que morale* »[305] estime F. Ast. Ne reposant sur aucune définition juridique opposable, ce terme semble dépourvu de valeur normative[306]. Aussi la doctrine s'accorde-t-elle à dire que la diversité n'est pas une notion juridique[307]. En 2008, le comité Veil avait d'ailleurs jugé que « *de la constatation d'une vérité d'évidence d'un point de vue géographique, sociologique, humain, historique, économique ou politique à la reconnaissance d'un principe juridique venant, sinon se substituer aux concepts d'égalité et d'indivisibilité, du moins leur apporter un correctif ou un contrepoint, il y a un pas* »[308].

53. La difficulté d'articuler la diversité avec les autres notions du droit – La doctrine a également souligné la difficulté de la distinguer d'autres notions, soulignant qu'avec les discours sur la diversité, « *on patauge quelque peu : lutte contre la discrimination, recherche de l'égalité de traitement, reconnaissance de la diversité* […] *y a-t-il compatibilité entre ces différentes démarches* […] *?* »[309]. Pour certains, la définition précise et la valeur normative de certaines de ces notions semblent par contraste renforcer le constat de l'inanité juridique de ce terme de diversité[310]. Pour d'autres, « *il y a* […] *un "discours" sur la diversité qui* […] *s'inscrit dans un contexte juridique où le principe de non-discrimination et l'exigence d'égalité de traitement occupent une place importante* »[311]. B. Gauriau insiste sur la vocation de ce terme

---

[302] V. CSA, déc. du 12 décembre 2016 *analyse de la programmation pour l'année 2015 et du respect de son format : la chaîne Numéro 23 mise en garde* ; CSA, déc. du 26 novembre 2020 *examen du respect des obligations spécifiques à RMC Story (exercice 2019) : la chaîne mise en garde*, (anciennement Numéro 23).
[303] DDD, *Rapport discriminations et origines […]*, *op. cit.*, p. 46.
[304] F. AST, « La notion de diversité […] », *op. cit.*, p. 121.
[305] *Ibid.*, p. 121.
[306] *Ibid.*, p. 118 ; S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination […]*, *op. cit.*, p. 287 ; P. Y. VERKINDT, « L'égalité au risque de la diversité », *ARSP*, nº 51, 2008, p. 145.
[307] M. PEYRONNET, *La diversité […]*, *op. cit.*, p. 31 ; F. Mélin-Soucramanien *in* D. BECHILLON (de), B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Faut-il actualiser […] », *op. cit.*, p. 247-61 ; M. SWEENEY, *L'égalité en droit social […]*, *op. cit.*, p. 668.
[308] S. VEIL, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, *op. cit.*, p. 52. Sur cette réflexion, D. BECHILLON (de), B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Faut-il actualiser […] », *op. cit.*, ; P. MBONGO, « Le Comité Veil. Chronique d'un échec annoncé », *La revue administrative*, nº 369, 2009, p. 253-5 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Redécouvrir le préambule de la Constitution, ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », *RFDA*, nº 3, 2009, p. 397-406.
[309] F. FAVENNEC-HERY, « Non-discrimination […] », *op. cit.*, p. 3-7.
[310] DDD, *Rapport discriminations et origines […]*, *op. cit.*, p. 46.
[311] P. –Y. VERKINDT, « L'ANI sur la diversité […] », *op. cit.*, p. 6-9.

à les transcender dans une sorte d'au-delà du droit fondé sur l'acceptation des différences et la promotion de la tolérance[312]. F. Ast parle quant à elle d'un « *référentiel métajuridique* »[313]. Ces analyses ont amené à la conclusion qu'un travail de recherche juridique prenant pour objet la diversité supposait de dépasser ces obstacles. C'est là la démarche de l'étude.

B – La démarche de l'étude

54. L'intérêt de l'étude – Au regard de ce bref panorama, il semble imprudent de multiplier les références à un terme dénué de juridicité. S'il est loisible à l'acteur politique d'utiliser ou de proposer un mot nouveau, en revanche son inscription avec légèreté dans le vocabulaire juridique pose un problème[314]. Pourtant, comme le soulignent F. Guiomard et S. Robin-Olivier, « *la diversité, pas plus que l'égalité, ne peut échapper au droit et* […] *il importe de considérer la manière dont elle pénètre dans l'ordre juridique et le transforme* »[315]. L'essor des références à la diversité en droit et sur la scène publique ne devrait-il pas requérir l'attention des chercheurs ? L'actualité semble aller en ce sens. Après avoir été nommée ministre déléguée auprès du Premier ministre chargée de la Diversité à l'été 2020, E. Moreno a annoncé la création d'un index de la diversité pour les entreprises[316].

55. Partant de cette conviction, cette thèse entend contribuer à l'étude de la diversité en droit en venant enrichir les quelques perspectives déjà dressées par la doctrine. Avec une entrée positiviste, l'objectif de ce travail est de proposer une analyse heuristique de la manière dont les normes qui visent à diversifier, appelées ici normes relatives à la diversité ou portant sur la diversité, s'inscrivent au sein de l'ordre juridique. La démarche est imprégnée par la recherche d'une certaine cohérence de la diversité en droit et par la facilitation de sa compréhension à travers sa mise en ordre. Elle peut être vue comme un essai de systématisation, sans quoi, pour paraphraser F. Terré, la diversité en droit « *ne serait qu'un amas de* [normes] *qui constituerait* […] *un fouillis inextricable* »[317]. Tel « *un "jardinier" du droit, il est question de préservation*

---

[312] B. GAURIAU, « Les accords collectifs […] », *op. cit.*, p. 1060-4, § 1.
[313] F. AST, « La notion de diversité […] », *op. cit.*, p. 117.
[314] M. MIAILLE, « La régulation : enjeux d'un choix » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 14.
[315] F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discriminations […] », *op. cit*., p. 16.
[316] V. respectivement décr. n° 2020-963 du 31 juillet 2020 *relatif aux attributions de la ministre déléguée auprès du Premier ministre, chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes, de la diversité et de l'égalité des chances* ; LE PARISIEN, « Le gouvernement crée un index de la diversité pour les entreprises », *Le Parisien*, 26 janvier 2021.
[317] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 10e éd., 2015, p. 163.

d'alignements et de perspectives »[318]. Il ne s'agit pas de tracer un portrait pointilliste où chaque norme serait isolée et unique, mais plutôt de dresser un paysage impressionniste où chacune peut être reliée aux autres par une mécanique de forme ou de fond qui ne peut être présentée qu'avec rationalité et recul[319]. Cette étude n'a donc pas pour objet de proposer des solutions permettant de mettre en œuvre un objectif de diversité, à l'instar de la thèse de M. Peyronnet en droit du travail[320], bien que des propositions puissent être occasionnellement formulées pour améliorer la qualité des normes traitant de la diversité. De même, la diversité culturelle en tant que dynamique pluraliste est mise à l'écart au regard de la place très marginale occupée par cette problématique dans les normes traitant de la diversité en France. Au-delà de quelques ambiguïtés soulignées à la fin de ce travail, la dimension recognitive en est absente[321]. Enfin, la diversité étant un terme controversé chez les juristes, il semble important de préciser que cette étude n'a pas pour objectif principal de trancher le débat pour ou contre l'usage du mot, sans pour autant sacrifier toute appréciation critique.

56. Le périmètre – Cette contribution déborde le périmètre du droit public et même du droit. Dresser un cadre général de la diversité en droit implique de dépasser, sans la nier, la *summa divisio* entre droit public et droit privé. En effet, les dispositifs juridiques étudiés ne sont pas toujours cloisonnés dans des disciplines juridiques particulières. En tout état de cause, leur essence présente des similitudes, quelle que soit la sphère juridique concernée. Pour cette raison, une approche multidimensionnelle ouverte de façon non exhaustive sur le droit commercial, le droit de l'audiovisuel, le droit monétaire et financier ou encore le droit de l'éducation est retenue. En plus de ces droits, le droit de la fonction publique et le droit du travail sont naturellement mis en avant, car ils concentrent un nombre important de normes relatives à la diversité. Dans son ensemble, l'étude place le droit de la non-discrimination comme discipline transversale[322]. Bien que le cadre de la thèse soit national, l'importance jouée par l'Union européenne dans l'essor du thème de la diversité et dans sa traduction normative justifie également l'attention particulière portée à cet ordre juridique. Une fois ces droits resitués dans leurs champs sociaux respectifs, l'étude porte donc moins sur la représentation

[318] X. DUPRE DE BOULOIS, « Rire est-il une liberté fondamentale ? », *RDLF*, chron. n° 1, 2016.
[319] En ce sens, D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Limoges, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2006, p. 13.
[320] M. PEYRONNET, *La diversité […]*, *op. cit.*, 2018.
[321] V. *infra* § 760 et suiv.
[322] V. not. M. MERCAT-BRUNS, « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.*, n° 5, 2017, p. 224-31.

politique que sur les domaines de l'audiovisuel, de l'enseignement supérieur d'excellence et bien sûr, de l'emploi public et privé.

57. Dans ce cadre, ce travail puise ses matériaux normatifs dans un ancrage formel de la diversité. Cela signifie que la diversité est le plus souvent abordée à travers une occurrence formelle dans la norme. Il peut s'agir de son titre, de son contenu voire de l'intention de ses auteurs. Autrement dit, la matière première est constituée des normes qui ont pour objet de diversifier. Ce choix prolonge et complète le positionnement général arrêté au début de cette introduction. Il est de nature à recentrer la thèse sur la diversité en tant qu'objet normatif signifiant et à limiter la subjectivité de l'auteur et de ses lecteurs. À défaut, une entrée matérielle incluant les notions qui alimentent la grammaire de la diversité ou même l'ensemble des normes rattachées à l'égalité et aux discriminations risquerait d'éclipser le sujet original et de faire perdre de vue ce qui fait sa spécificité. Toutefois, ce périmètre n'exclut pas de tracer des parallèles avec ces diverses notions ou corpus normatifs. Pour illustration, le genre est fréquemment une composante sociodémographique retenue dans les normes portant sur la diversité. C'est la raison pour laquelle certains développements de la thèse rejoignent la notion satellite de mixité des genres, par exemple à travers l'étude de mesures de conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée figurant dans une norme relative à la diversité. De la même manière, ces normes peuvent entretenir des liens étroits avec d'autres textes qui pourtant ne traitent pas formellement de la diversité. C'est le cas de manière générale avec le droit de la non-discrimination. De manière circonstanciée, un exemple de ces rapports peut être trouvé dans les normes relatives à la diversité qui accompagnent la mise en œuvre des obligations légales d'aménagements raisonnables.

58. L'envergure du sujet le limite à un corpus non exhaustif. Les sources classiques, comme la loi ou le règlement, ont été sélectionnées à l'issue d'une recherche par mots clés sur les bases de données Légifrance et Eur-Lex[323] avec le terme « diversité » ou, le cas échéant, ses dérivés (« diversifier » ou « divers »). Les résultats étant pléthoriques, ces occurrences ont été isolées en fonction de leur contexte. N'ont été retenues que celles qui s'attachent aux principaux problèmes que pose le thème de la diversité en France, identifiés grâce aux lectures parallèles, à savoir l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations. En cas de doute, l'intention des auteurs de la norme a permis de le lever. C'est le cas notamment dans les domaines

[323] En raison du poids du droit européen dans le droit national.

régaliens, tels que l'emploi public ou l'école, où de nombreux dispositifs portant sur la diversité ne peuvent être saisis qu'à la lumière des travaux parlementaires et des discours institutionnels. Pour ce qui concerne les autres sources, comme les chartes, les codes de conduite, les recommandations ou les conventions, ces normes sont abondantes et ne sont pas nécessairement rendues publiques. Dans la très grande majorité des cas, elles ont été identifiées à partir des lectures complémentaires. Autrement dit, elles ont été sélectionnées parce qu'un article, un rapport aux autorités ou une publication officielle y faisait référence. Le cas échéant, une communication a été demandée à leurs auteurs si les documents n'étaient pas librement accessibles. En définitive, ce jeu de piste ne permet pas d'affirmer avec certitude que l'échantillon normatif retenu est représentatif. Néanmoins, au regard du volume considéré et de l'ampleur des champs traversés, il s'en rapproche raisonnablement. Dans la suite de l'étude, ces normes seront mobilisées au cas par cas, en fonction de leur correspondance avec la démonstration. Une ultime précision sur ce périmètre, suggérée à partir de la thèse de J. Charruau, doit être apportée concernant le choix de faire porter l'étude « en » droit et non « dans » le droit[324]. La préposition « en » paraît à la fois plus neutre et plus ouverte. Elle renvoie à l'idée d'une étude effectuée « sous l'angle de ». À l'inverse, « dans » exprimerait une intériorité au sein de l'ordre juridique qui pourrait apparaître contraire à la nature non juridique de l'objet diversité.

59. L'ouverture disciplinaire – L'étude a aussi pour spécificité de dépasser le cadre académique du droit. Les problèmes posés avec le thème de la diversité ne relèvent pas uniquement d'une question juridique, mais concernent d'autres ordres de réalité liés notamment à la sociologie, à la science politique ou au management. Ces enjeux disciplinaires justifient d'aller au-delà du droit. Par suite, l'étude n'échappe pas à la délicate question de l'articulation des points de vue interne et externe à la discipline juridique. Il y a plus de trente ans, F. Ost et M. Van de Kerchove soulignaient l'intérêt pour le juriste d'adopter un « *point de vue externe modéré ou point de vue de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes* »[325], qu'ils résumaient à « *une dialectique entre le paradigme de l'explication et de l'interprétation* »[326]. Bâtie en trois temps, cette approche doit déboucher sur une compréhension critique et construite du phénomène juridique. Dans un premier temps, celui-ci « *est décrit au*

[324] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination […]*, *op. cit.*, p. 34
[325] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société*, n° 2, 1987, p. 187.
[326] *Ibid.*

travers de la mise en discours qui est faite par les autorités et les sujets de droit […] *ensuite, dans un second moment, proprement scientifique, ces pratiques discursives sont expliquées (mise en rapport avec tel ou tel ordre de phénomènes environnants), ce qui conduit, dans un troisième moment, à une réinterprétation globale de l'objet étudié* »[327]. L'externalité opère ici une rupture épistémologique à l'égard de l'objet d'étude, puisque le chercheur va lui incorporer le point de vue externe d'autres disciplines. Dans le même temps, cette approche préserve la compréhension interne du point de vue véhiculé et reproduit par les acteurs du système juridique eux-mêmes[328]. Ces précisions peuvent laisser penser que ce travail est imprégné d'un point de vue externe modéré, mais il est plus juste de parler d'un point de vue interne modéré. En effet, la démarche n'ignore pas les limites de l'ouverture interdisciplinaire dans le domaine juridique mises en exergue par H. Dumont et A. Bailleux[329]. Comme l'écrivent ces deux auteurs, « *pour mener à bien une approche scientifique du droit réellement externe, tout en étant avertie du point de vue interne, il faut être un théoricien du droit professionnel capable de jongler aussi bien avec la doctrine juridique qu'avec au moins certain des paradigmes de la sociologie, de la science politique et de la philosophie* »[330]. En l'espèce, le juriste n'est pas doté d'une formation en sociologie, en science politique ou encore en management. Il n'est donc possible de prétendre contribuer à l'étude de la diversité en droit que par des ouvertures limitées vers les sciences humaines et sociales, selon une approche qui sera principalement d'ordre juridique. Pour les besoins de la démonstration, seule l'hypothèse de départ de la thèse s'ancre plus fermement à des travaux épistémologiques et de science politique. En tout état de cause, il n'est pas déraisonnable d'espérer que le point de vue interne modérément ouvert aux autres sciences soit précieux pour enrichir ce travail et bâtir des ponts entre les disciplines. Ces choix ont été traduits de manière concrète dans les ressources doctrinales exploitées, puisqu'outre les travaux de la doctrine juridique, elles intègrent de nombreux ouvrages et articles de sociologie, de science politique et de management.

---

[327] *Ibid.*
[328] M. LOISELLE, « L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives interne et externe » *in* M. BACHIR (dir.), *Les méthodes au concret. Démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique*, Paris, PUF, 2000, p. 200.
[329] H. DUMONT, A. BAILLEUX, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, n° 75, 2010, p. 275-93.
[330] *Ibid*., p. 286.

C – La démonstration

60. Formulation d'une hypothèse de départ – Dans un article consacré aux accords professionnels relatifs à la diversité, B. Gauriau a mis en exergue le paradoxe d'un objet non juridique objet du droit : la diversité est une formule « *qui sans être juridique, est consacrée juridiquement* »[331] dans des normes très hétéroclites. Pour dépasser ce paradoxe, il est proposé d'appréhender la diversité comme un paradigme. Le politologue D. Sabbagh a souligné le rôle paradigmatique de la diversité dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis[332]. Cette qualification est aujourd'hui reprise par quelques juristes, ainsi que dans certains travaux publiés sous l'égide du Défenseur des droits, sans qu'elle soit vraiment explicitée[333]. Le paradigme doit servir de clé de lecture pour comprendre et ordonner en droit les normes traitant de la diversité. Le choix de cette entrée pourrait se justifier par un simple constat : celui du débordement et de la transcendance des champs sociaux et des disciplines par cet objet diversité. Comme le rappelle J. Chevallier, « *dès l'instant où un modèle* […] *se diffuse, se banalise, s'universalise, il se transforme en paradigme* »[334]. Toutefois, les hésitations qui grèvent les qualifications qui sont données à la diversité lorsque les juristes tentent de l'appréhender en droit invitent à approfondir la justification de cette thèse.

61. Définition d'un paradigme – L'étymologie du mot paradigme renvoie au grec « *paradeigma* », composé de « *para* » « *à côté* » et de « *deigma* », « *exemple* », dérivé de « *deikunai* », qui signifie « *montrer, indiquer* »[335]. C'est un terme didactique qui désigne un « *modèle de référence* », un « *exemple* »[336]. Le paradigme semble peu coutumier des juristes, bien qu'il soit employé dans quelques travaux transdisciplinaires[337]. En revanche, c'est un concept essentiel aux sciences humaines et sociales, mais fortement polysémique[338]. Il s'emploie spécialement en grammaire pour désigner un mot type donné comme modèle d'une

---

[331] B. GAURIAU, « Les accords collectifs […] », *op. cit.*, p. 1060-4, § 1.
[332] De manière générale, D. SABBAGH, *L'égalité par le droit […]*, *op. cit.*, 2003. Cette qualification a été largement reprise ensuite dans les travaux de sciences politiques et de sociologie. V. par ex. E. QUERNEZ, « "Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés" : construction et mitigation d'un risque socio-racial », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 57.
[333] V. par ex. S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination […]*, *op. cit.*, 2011, p. 287 ; DDD, *Rapport discriminations et origines […]*, *op. cit.*, p. 40.
[334] J. CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 73.
[335] A. REY (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, 3e éd., 2000, p. 1535.
[336] *Ibid.*
[337] V. par ex. M. MIAILLE, « Rapport de synthèse » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 267 et suiv.
[338] Pour un recensement non exhaustif, v. par ex. G. WILLETT, « Paradigme, théorie, modèle, schéma : qu'est-ce donc ? », *La recherche en communication*, n° 10, 1996, § 33-8.

déclinaison. En sociologie, il est utilisé pour caractériser un « *système de représentations, de valeurs, de normes qui influent sur la perception du monde* »[339]. Malgré cette plurivocité, l'essai épistémologique de T. Kuhn, « *La Structure des révolutions scientifiques* »[340], dont la première version est parue en 1962, est une référence incontournable des travaux sur les paradigmes. T. Kuhn y modélise la science comme un phénomène social qu'il analyse comme une dynamique discontinue partagée entre la science normale et la science extraordinaire. La science normale est fondée sur une tradition paradigmatique établie préalablement qui sert de base de travail aux scientifiques[341]. En ce sens, l'auteur définit le paradigme comme une grille de lecture qui se fonde sur un « *ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné* »[342]. Le paradigme a ici la valeur d'une matrice disciplinaire. Une anomalie survient lorsque des énigmes non résolues ou partiellement résolues mettent en défaut les conditions d'application du paradigme existant et le font basculer dans une phase de crise que T. Kuhn nomme la science extraordinaire[343]. Le passage de l'une à l'autre de ces phases est essentiel à la thèse de l'auteur[344] ; c'est un changement de paradigme. Le plus souvent, l'une des écoles scientifiques en concurrence sort victorieuse de cette crise et un nouveau paradigme général émerge en remplacement du précédent, ouvrant ainsi une nouvelle phase de science normale[345].

62. La théorie du paradigme a été déclinée aux politiques publiques dans le milieu des années 1990, notamment par Y. Surel[346] et P. Hall[347]. Dans un article de référence, Y. Surel propose de manière générale de transposer la conceptualisation développée dans « *La structure des révolutions scientifiques* » à l'analyse des politiques publiques. Il invite à voir les éléments constitutifs d'une politique publique dans les quatre composantes d'un paradigme avancées par T. Kuhn[348] : les principes métaphysiques généraux, les hypothèses et les lois, les méthodologies

[339] P. ROBERT, J. REY-DEBOVE, A. REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2010, p. 1798.
[340] T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008.
[341] *Ibid*., p. 45-81.
[342] *Ibid*., p. 238.
[343] *Ibid*., p. 82-113.
[344] *Ibid*., p. 157-88.
[345] *Ibid*., p. 114-32.
[346] Y. SUREL, « Les politiques publiques comme paradigmes » *in* A. FAURE, G. POLLET, P. WARIN, *La construction du sens dans les politiques publiques. Débats autour de la notion de référentiel*, Éd. L'Harmattan, 1995, p. 125-52.
[347] P. A. HALL, « Policy Paradigms, Social Learning, and the State : The Case of Economic Policymaking in Britain », *Comparative Politics*, n° 3, 1993, p. 275-96.
[348] Y. SUREL, « Les politiques publiques comme paradigmes », *op. cit*., p. 129-37.

et les instruments spécifiques. Pour ce dernier, il n'y a d'ailleurs de paradigme que lorsque ces différents aspects se retrouvent de manière simultanée[349].

63. Identification du paradigme de la diversité – Il semble possible d'utiliser ces composantes et la lecture qui en a été faite par ces auteurs pour préciser le cadre analytique de la démonstration. En gardant à l'esprit les limites inhérentes d'un exercice de transposition d'une théorie d'un champ scientifique à un autre, la reconstruction de l'objet d'étude à l'aune de ces quatre éléments révèle la dimension paradigmatique de la diversité et permet de bâtir les fondations de ce travail sur lesquelles la démonstration sera appuyée. Reste que ce chantier liminaire nécessite de suspendre, l'espace de quelques lignes, le point de vue interne modéré du juriste en s'autorisant une excursion plus franche dans le champ de la science politique, sans préjudice de la validité de la lecture proposée dans cette discipline.

64. La première composante du paradigme est la plus abstraite. C'est ce que T. Kuhn rapproche d'une « *vision du monde* »[350], c'est-à-dire le substrat cognitif de toute activité scientifique. Dans un autre ouvrage, il donne l'exemple des bouleversements de l'imaginaire collectif qu'ont engendré les découvertes de Copernic et la nouvelle vision de l'univers qu'elles en ont livré en invalidant l'idée que la Terre n'est pas le centre du système solaire[351]. Pour Y. Surel, « *ces principes métaphysiques constituent* […] *d'une certaine manière, une (ou un ensemble de) méta-image(s) sociale(s) collectivement légitime(s)* »[352]. De ce point de vue, la thématique de la diversité est assez semblable à ces méta-images sociales. Elle est « *fréquemment conçue comme une valeur en soi, un idéal à atteindre : elle renvoie alors à l'image d'une société composée d'éléments disparates assemblés harmonieusement* »[353]. La pression des inégalités concrètes en a fait une grille d'analyse critique de l'égalité abstraite telle que le droit la conçoit traditionnellement. D'un constat factuel de la variété du vivant et du social, la diversité est devenue une question de justice sociale ancrée dans une société libérale et individualiste, un horizon idéal et programmatique ayant acquis la valeur d'une norme sociale partagée et légitime aux yeux de nombreux acteurs sociaux (politiques, institutionnels, économiques, syndicaux, etc.)[354]. Cette idée d'une société humaine diversifiée – sans que ses

[349] T. KUHN, *La structure […]*, *op. cit.*, p. 248.
[350] *Ibid.*, p. 157.
[351] T. KUHN, *La Révolution* copernicienne, Paris, Fayard, 1973.
[352] Y. SUREL, « Les politiques publiques comme paradigmes », *op. cit.*, p. 130.
[353] L. BERENI, A. JAUNAIT, « "Usages de la diversité" », *Raisons politiques*, nº 35, 2009, p. 7.
[354] V. *supra* § 30 et suiv.

composantes soient nécessairement spécifiées – incarne ainsi la redistribution équitable, digne et utile des positions sociales.

65. La deuxième composante du paradigme correspond aux hypothèses et aux lois qui lient le système métaphysique au réel. Elle recouvre des axiomes, des théories ou des raisonnements unanimement reconnus dans une communauté scientifique, telles que des lois physiques codifiées dans des formules mathématiques par exemple[355]. D'une certaine façon, ces éléments assurent l'opérationnalisation des principes métaphysiques envisagés précédemment. Le paradigme glisse alors d'une dimension abstraite à des principes d'actions qui vont guider les acteurs[356]. Appliqué à la science politique, cet aspect renvoie à un cadre d'hypothèses sur le changement social inhérent aux politiques publiques[357]. Dans le cas présent, l'aspect éminemment factuel des inégalités et des discriminations s'est imposé aux acteurs de la société civile et de gouvernement. Ce constat a débouché sur l'idée que ces injustices relevaient de la responsabilité de tous les acteurs sociaux. S'y est rapidement greffé un système de représentations fondées sur les vertus utilitaristes de la diversité. De là, quelques hypothèses d'action fidèles à la logique de marché ont été développées. Conformément à la notion de responsabilité sociale des organisations (RSO), les acteurs, quelle que soit leur nature (publique ou privée), auraient à la fois une forme de responsabilité individuelle et collective et un intérêt légitime à agir en faveur de la diversité. D'où l'idée que la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité des chances seraient efficacement menées par le bas et pas seulement au Parlement ou devant les tribunaux. D'où encore la nécessité de cibler des catégories de personnes ou de territoires exposés à ces iniquités.

66. Avec la troisième composante, une méthodologie vient agencer les représentations et les hypothèses d'action qui en ont été tirées. Pour Y. Surel, ce niveau implique de définir les types de rapports les mieux appropriés entre les pouvoirs publics et un secteur donné. Cet élément se rapporte donc plus particulièrement à la posture étatique, telle que la coercition, la médiation ou la concertation[358]. Dans le cas présent, la méthodologie observée du point de vue des pouvoirs publics semble davantage reposer sur l'interdépendance entre les acteurs que sur un rapport de force. Elle ne se comprend qu'à l'aune des stratégies volontaristes mises en œuvre

---

[355] T. KUHN, *La structure […]*, *op. cit*., p. 249.
[356] Y. SUREL, « Les politiques publiques comme paradigmes », *op. cit*., p. 132.
[357] A. SMITH, « Paradigme » *in* L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET, *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 5e éd., 2019, p. 427.
[358] Y. SUREL, « Les politiques publiques comme paradigmes », *op. cit*., p. 134.

par les acteurs non gouvernementaux sur lesquels les pouvoirs publics entendent s'appuyer ou prendre exemple. Par suite, l'action est davantage rectificatrice que réformatrice, au sens où elle repose sur des mesures visant à transformer l'existant pour l'améliorer plutôt que sur des renversements radicaux.

67. Enfin, parmi les éléments qui composent un paradigme, T. Kuhn distingue les instruments qui ont vocation, selon une méthode particulière, à concrétiser les principes métaphysiques et les hypothèses et les lois envisagés précédemment. Généralement, l'avènement d'un paradigme entraîne la mise au point d'outils qui en facilitent l'observation, l'explication et l'action. T. Kuhn prend l'exemple de la machine d'Atwood conçue pour l'étude de la chute libre, laquelle, sans les lois du mouvement énoncées par Newton, n'aurait aucun sens[359]. Dans le domaine de l'action publique étudiée par Y. Surel, ces outils sont nombreux (discours, vote d'une loi, création d'une institution, etc.)[360]. En l'espèce, les instruments juridiques classiques tels que la loi ou le règlement ne constituent qu'une partie, minoritaire, des normes traitant de la diversité. À vrai dire, les instruments considérés ne se laissent pas facilement classer dans la boîte à outils du droit. En un mot, l'outillage normatif du paradigme de la diversité est autant caractérisé par son originalité que par son hétérogénéité.

68. Un appareillage juridique ancré dans le réel – À ce stade de l'énoncé de la démonstration, c'est donc moins le changement de paradigme souvent retenu du travail de T. Kuhn qui importe, que sa dimension matricielle. Sous cet angle, la théorie du paradigme a des vertus heuristiques pour appréhender la diversité en droit. Cette grille de lecture permet de mieux saisir l'état du droit et par suite, d'en proposer un ordonnancement. L'intérêt du paradigme est qu'il « *n'est pas seulement une image sociale, mais un conglomérat d'éléments cognitifs et pratiques, qui structure l'activité d'un système d'acteurs, qui le rend cohérent et durable* »[361]. Il guide le diagnostic autant que les problèmes à résoudre et les remèdes proposés pour le faire. T. Kuhn écrit ainsi que « *l'existence du paradigme pose le problème à résoudre* [Il] *est souvent directement impliqué dans la conception de l'appareillage susceptible de résoudre le problème* »[362]. Pour reprendre la synthèse qu'en a proposé P. Hall, le paradigme constitue un cadre dans lequel s'inscrivent des idées et des principes d'action qui non seulement indiquent les objectifs et le type d'instruments qui peuvent être employés pour les atteindre,

[359] T. KUHN, *La structure des […]*, *op. cit.*, 2008, p. 50.
[360] Y. SUREL, « Les politiques publiques comme paradigmes », *op. cit.*, p. 135.
[361] *Ibid.*, p. 137.
[362] T. KUHN, *La structure des […]*, *op. cit.*, p. 50.

mais également la nature même des problèmes auxquels ils sont amenés à faire face[363]. C'est cette double fonction d'analyse et d'action qui a suscité l'intérêt des politologues. C'est aussi cette double fonction qui permet, en l'éclairant, de dépasser le paradoxe d'un objet non juridique objet du droit. En effet, la diversité est bien par métonymie et de manière tautologique la réponse au problème de la diversité. Le paradigme de la diversité pose les problèmes des discriminations et des inégalités des chances. Il définit aussi une méthodologie juridique opérationnelle conforme aux représentations qu'il véhicule. Autrement dit, il emporte avec lui le type d'instruments juridiques utilisés et les stratégies acceptables pour résoudre les problèmes qu'il pose. Suivant cette lecture, l'appareillage juridique du paradigme de la diversité est transcendé par son ancrage dans le réel. En réponse aux différences de traitement illégitimes et à l'impact des inégalités socioéconomiques dans ces espaces, les normes traitant de la diversité se caractérisent par leur assise factuelle. Elles visent à agir sur le lieu même où se produisent les discriminations et où l'égalité des chances fait défaut, en conjuguant les différences individuelles et territoriales à la mobilisation des acteurs sociaux. Sous cet angle, la grille de lecture du paradigme semble un bon point d'observation des évolutions de la technique juridique et des acteurs du droit.

69. D'une part, les normes relatives à la diversité ne mobilisent plus uniquement les opérateurs traditionnels de l'État providence impliqués dans la lutte contre les discriminations et les inégalités. La méthodologie du droit évolue pour tenir compte des interactions entre les systèmes juridiques et les acteurs. La technique juridique, à des degrés divers, diffère de l'acception classique de la norme, unilatérale, obligatoire et sanctionnée. À travers ce prisme formel, l'appareillage juridique du paradigme de la diversité peut être appréhendé comme un droit de la régulation (Partie 1). Toutefois, il faut préciser dès à présent que la régulation n'implique pas la fin des procédés normatifs traditionnels de gouvernement juridique des conduites. Les attributs de la régulation sont davantage synonymes d'hybridité, d'un droit pluriel dans sa nature et dans ses sources. La régulation ne signe pas non plus la fin de l'interventionnisme étatique. Au contraire, le périmètre de la régulation côtoie celui de l'État providence, notamment lorsqu'il s'agit de lutter contre les inégalités socioéconomiques dans les domaines régaliens. Ainsi, la particularité de l'emploi public et dans une moindre mesure de l'enseignement supérieur justifiera, le cas échéant, l'intervention du législateur et du pouvoir réglementaire pour adopter des dispositifs redistributifs portant sur la diversité de facture plus

[363] P. A. HALL, « Policy Paradigms […] », *op. cit.*, p. 279.

classique. Cette hétérogénéité formelle, si elle n'enlève rien à leur originalité, contraste avec l'unité de fond qui caractérise l'ensemble de ces normes.

70. D'autre part, les normes portant sur la diversité s'appuient sur les différences factuelles entre les individus et les territoires pour lutter contre les discriminations et favoriser l'égalité des chances. Elles empruntent la voie du différencialisme, c'est-à-dire d'un droit qui prend en considération des différences de fait. Ce faisant, elles rompent avec l'universalisme abstrait qui caractérise traditionnellement le système juridique français. À nouveau, le problème conditionne la manière d'y répondre, ici à travers la différenciation individuelle ou territoriale. Cette adéquation des logiques d'action et des instruments à la difficulté à résoudre explique aussi que le périmètre des mesures considérées change par rapport à celui de la régulation, qu'il englobe, tout en incluant à la marge des procédés normatifs traditionnels dans les domaines régaliens. À travers ce prisme matériel, l'appareillage juridique du paradigme de la diversité apparaît comme un droit différencialiste (Partie 2).

PARTIE 1
UN DROIT DE LA RÉGULATION

71. Position du problème – À l'orée des années 2000, M. Delmas-Marty soulignait combien le phénomène de dérèglementation ne signifiait « *pas "moins de droit", mais le passage à un autre type de droit nommé "régulation"* »[364]. Le paradigme de la diversité participe de cette dynamique. Le terme de régulation à travers laquelle il est proposé de rendre compte des formes que prend ce paradigme dans le champ juridique connaît de nombreuses acceptions[365]. Il est « *un de ces mots passe-partout, "omnibus", un de ces "gadgets" dont le contenu est de plus en plus vague, imprécis, incertain* »[366]. Dans un sens traditionnel, la fonction de régulation est du rôle de l'État. Elle consiste à réguler le comportement des individus vivant en société[367]. Cependant, le concept de régulation peut aussi être vu « *comme l'indicateur des transformations en cours du phénomène juridique* »[368]. Ces évolutions sont caractérisées par une grande hétérogénéité, une prolifération des manifestations de la régulation qui donne facilement à penser que le désordre règne[369]. Pourtant, ces phénomènes appartiennent à une même communauté conceptuelle. Pour cette raison, *« le concept est utilisé* […] *pour synthétiser les aspects nouveaux que prendrait le droit dans les sociétés contemporaines confrontées à des problèmes radicalement nouveaux, compte tenu notamment de la crise de l'État providence et du défi de la globalisation* »[370]. Il « *permet de rendre compte d'un univers juridique particulièrement complexe où divers niveaux normatifs se conjuguent dans un entrelacs où les techniques et les acteurs diffèrent* »[371]. Peut-être plus encore que par une définition monolithique, la régulation se caractérise donc aussi par ses attributs. Des auteurs comme J. Chevallier ou G. Timsit notamment, ont retenu ce niveau d'analyse pour mettre en exergue la phénoménologie de la régulation[372]. En suivant cette démarche, il s'agira de démontrer que

---

[364] M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 78.
[365] *Ibid.*
[366] J. CHEVALLIER, « L'état régulateur », *RFAP*, n° 111, 2004, p. 473-4.
[367] P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 279.
[368] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 827.
[369] G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, n° 109, 2004, p. 5-6.
[370] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 833.
[371] M. MIAILLE, « Rapport de synthèse » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 265.
[372] V. par ex. J. CHEVALLIER, « L'état régulateur », *op. cit.*, spéc. p. 479-81 ; G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *op. cit.*

c'est à celle-ci que se rattache le paradigme de la diversité dès lors qu'il est envisagé sous l'angle du droit (Titre 1). Pour autant, l'existence de ce qu'il est possible d'appeler un droit de la régulation relatif à la diversité n'est pas neutre pour le reste du système juridique. Cette considération implique d'apprécier les effets de ce droit à leur juste mesure (Titre 2).

TITRE 1
LES DÉTERMINANTS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION

72. Position du problème – Le droit de la régulation relatif à la diversité se singularise par des modalités juridiques qui ne correspondent pas à celles du modèle classique de la régulation étatique par le droit. Ces modalités peuvent être vues comme les spécificités du paradigme de la diversité, ou dites en des termes kuhniens, comme le reflet des hypothèses, méthodes et instruments qui le composent. Autrement dit, le paradigme de la diversité sous-tendrait une autre façon de penser, de créer et de faire appliquer le droit. Ce type de régulation juridique est dit postmoderne, car il ne se satisfait plus d'une simple contrainte étatique[373]. Il s'inspire des théories néolibérales qui prônent une régulation naturelle par le marché plutôt qu'une réglementation étatique jugée inefficace. En l'espèce, il renvoie plus précisément à ce que des auteurs tels que J. Chevallier ou G. Calvès ont analysé dès le début des années 2000 comme un transfert des techniques souples, réactives et interactives de pilotage des marchés dans les domaines de la lutte contre les discriminations et de l'égalité des chances[374].

73. Cette approche puise ses racines profondes dans une mue de l'État-providence devenu État régulateur, ce qui a conduit à la fois à un recul de l'action publique et à une évolution des acteurs du droit[375]. Alors que le droit moderne était fondé sur un « *modèle pyramidal* »[376] dans lequel l'État était la seule source du droit, le champ juridique est désormais marqué par une multitude de protagonistes en interrelations les uns avec les autres sous la forme d'un « *droit en réseau* »[377]. Ainsi, en marge de la direction juridique hétéronome des conduites classiques « *tend à se développer une direction juridique autonome* »[378] de la part de corps étrangers à l'État. Ceux qui étaient auparavant considérés uniquement comme des sujets de droit deviennent aussi des acteurs du droit. Cela explique que la régulation relative à la diversité n'est

---

[373] P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique […] », *op. cit.*, p. 285.
[374] J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et Etat providence », HAL, 2003 ; G. CALVES, « "Il n'y a pas de race ici" Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, n° 17, 2002, 184 ; G. CALVES, « Sanctionner ou réguler. L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 4, 2008, 34-45.
[375] V. not. J. FIALAIRE, « Fonctions publiques et finalités de l'État » *in* J. –C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Paris, Dalloz, 2014, p. 309 ; P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique […] », *op. cit.*, p. 279.
[376] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications FSL, 2002.
[377] *Ibid.*
[378] P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique […] », *op. cit.*, p. 287.

pas du seul ressort de la puissance publique. Au contraire, elle est marquée par le polycentrisme et la pluralité des acteurs. Qu'elles soient européennes, nationales ou locales, les normes traitant de la diversité mobilisent les organisations sur lesquelles pèse la responsabilité de ne pas discriminer et qui entretiennent les inégalités, tout en évitant les procédés trop coercitifs. Toutefois, en la matière, cette recomposition n'exclut pas la permanence de procédés redistributifs inspirés de l'État Providence, notamment dans les domaines régaliens. Au contraire, dans certains cas, il semble même exister un brouillage des frontières entre ces logiques sur lesquelles de plus amples développements seront consacrés dans la seconde partie de ce travail[379].

74. Avec la recomposition des modes d'action et des formes d'intervention de l'État, la finalité des normes évolue également[380]. De manière générale, elles « *tendent, non seulement à prévenir ou à régler les conflits possibles entre les membres de la population, mais beaucoup plus largement à encadrer, orienter, rationaliser l'ensemble de leurs activités, de leurs conduites* »[381]. La régulation devient ainsi plus instrumentale, au service d'une cause donnée. Par suite, elle se fait aussi plus douce, plus souple, plus concrète pour agir sur un secteur déterminé aux moyens d'instruments mettant en connexion les différents pôles émetteurs du droit, notamment internes et européens[382]. Davantage négocié, réflexif, « *ouvert, flexible, labile, le droit tend à devenir le produit aléatoire d'un ensemble de systèmes en interactions* »[383]. L'évolution de la technique juridique traduit ainsi la recherche de l'efficacité. L'instrument est inspiré « *par son adéquation au problème posé* »[384]. Il recherche la pertinence pour produire les « *résultats escomptés* »[385] et se parer d'une « *validité empirique* »[386]. La démarche est pragmatique, sous-tendue par une volonté d'action sur le réel. Il ne s'agit plus seulement de poser un principe, mais de lutter pour sa réalisation en utilisant le vecteur juridique[387]. Le droit n'est donc pas seulement un terrain d'application, mais en l'occurrence un moyen de faire advenir la diversité dans le réel. Dans cette optique, cette régulation est à

---

[379] V. *infra*, not. § 528.
[380] G. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 75- 6.
[381] P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique […] », *op. cit.*, p. 279.
[382] *Ibid.*, p. 287 ; M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al.*, Le droit souple, *Dalloz*, 2009, p. 8-9 ; G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, nº 78, 1996, p. 375.
[383] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4e éd., 2017, p. 135.
[384] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 199.
[385] *Ibid.*, p. 199.
[386] M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », *op. cit.*, p. 8-9.
[387] J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et État-providence », *HAL*, nº Hal-01723904, 2003, p. 2.

l'opposé du dirigisme par lequel l'État régissait auparavant la société. Elle tient compte de l'existence de marchés ouverts dans lesquels des opérateurs de la diversité disposant d'une capacité normative autonome déploient leurs actions. Elle s'efforce d'obtenir des acteurs « *un comportement spontanément conforme aux besoins de l'ordre établi* »[388]. Il s'agit de modifier les pratiques sans fausser le jeu des acteurs[389]. Ces considérations font évoluer l'instrumentation juridique dans un sens téléologique et moins menaçant typique de la post-modernité : la rigidité cède à la souplesse, la stabilité à l'adaptabilité, l'unilatéralisme à la concertation, les commandements à l'incitation et à la persuasion, alors que l'hétéronomie fait plus de place à l'autonomie[390]. Sous ce rapport, la technique juridique ayant trait à la diversité apparaît originale à côté des modes de régulation traditionnels que sont la loi et le règlement. Pour autant, si elle est exclusive de mécanismes rigides comme les quotas, elle n'est pas synonyme d'éviction des instruments législatifs ou réglementaires, mais bien plus de leur hybridation.

75. Plan – Ces attributs de la régulation qui caractérisent le paradigme de la diversité en droit se vérifient tant dans les principaux instruments de ce droit (Chapitre 1), qu'au travers de leur fonctionnement (Chapitre 2).

[388] Y. GUENZOUI, « Le droit et la théorie économique des conventions » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, *op. cit*., p. 161.
[389] De manière générale, B. GUILLOU, J. -G. PADIOLEAU, *La régulation de la télévision*, Paris, La Documentation française, 1988, p. 11.
[390] En ce sens J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit*., p. 175.

CHAPITRE 1
LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION

76. Position du problème – La régulation juridique relative à la diversité correspond à ce que J. Chevallier qualifie de « *droit nouveau, reflet de la post-modernité* »[391]. Mues par la recherche de l'efficacité, d'autres voies de droit plus pragmatiques, plus adaptables, misant sur l'autonomie des gouvernés ont vu le jour à côté des règles traditionnelles générales et contraignantes. Ceux qui autrefois étaient uniquement les destinataires de la norme deviennent tour à tour partenaires, interlocuteurs, mais aussi émetteurs de celle-ci. En matière de lutte contre les discriminations, cette logique a été impulsée par l'Union européenne. La Déclaration de Florence adoptée par les partenaires sociaux européens le 21 octobre 1995[392] et la Déclaration de Grenelle sur les discriminations raciales dans le monde du travail du 11 mai 1999 invitent ainsi les entreprises et les intermédiaires de l'emploi à conclure des conventions, chartes, engagements ou codes de déontologie par lesquels ils s'engagent à mettre en œuvre des politiques de recrutement non discriminatoires[393]. La même rationalité instrumentale conquiert la lutte contre les inégalités socioéconomiques lorsqu'à la même époque, Sciences Po Paris et l'ESSEC donnent le ton avec les CEP et les conventions PQPM. Ce sont ces mêmes instruments qui garnissent aujourd'hui la boîte à outils relative à la diversité des acteurs. Les dispositifs en question font abstraction des *summa divisio* de la pensée juridique, comme celles des branches du droit ou des ordres juridiques[394]. La focale est d'abord située sur la manière dont l'instrument oriente un comportement[395]. L'intérêt se reporte donc sur les différents outils employés pour produire des effets de régulations, leur degré de juridicité n'étant pas la préoccupation première[396].

77. Plan – Dans ce cadre, la norme contractuelle, négociée dans un rapport de force horizontal. La contractualisation est perçue comme un moyen privilégié de régulation des

---

[391] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4e éd., 2017, p. 126.
[392] M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Les projets EQUAL, retour sur une expérimentation : la construction de la lutte contre les discriminations ethno-raciales "à la française" » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, F. HERAN et *al.* (dir.), *Discriminations : état de la recherche*, Marne-la-Vallée, Colloque de l'ARDIS, 13 décembre 2013, p. 12 et suiv.
[393] G. CALVES, « "Il n'y a pas de race ici" […] », *op. cit.*, p. 184.
[394] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 151.
[395] T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients une corégulation », *RDT*, n° 6, 2017, p. 380-90.
[396] *Ibid.*

comportements[397]. Jusqu'alors emblématique de la régulation économique, avec la traduction juridique du paradigme de la diversité, le domaine du contrat échappe au secteur marchand et devient un outil incontournable pour agir dans le champ social. Il n'est donc pas surprenant que l'État et ses démembrements, les collectivités territoriales, mais aussi les personnes de droit privé aient fait du contrat un mode d'action privilégié en matière de diversité (Section 1).

78. Cependant, les fondements de la régulation relative à la diversité ne sauraient être réduits au contrat. À côté du droit négocié se déploie ce que P. Amselek appelle une « *direction juridique non autoritaire des conduites* »[398], laissant une marge d'application plus importante aux destinataires de la norme. Aux sources « *du droit* » – le droit traditionnel produit de l'État – s'ajoutent de nouvelles sources « *de droit* » – normes non obligatoires et non sanctionnées aux origines pluralistes[399]. La texture du droit évolue vers plus de souplesse au travers de recommandations ou bonnes pratiques sur la diversité, chartes, codes de conduites, déclarations, normes techniques ou labels. Ces instruments originaux, subsumés sous l'appellation de droit souple, constituent un autre pilier des normes traitant de la diversité (Section 2). Ils offrent un autre aperçu de l'instrumentation du paradigme de la diversité en droit.

79. Pour autant, si la négociation et la souplesse sont les traits saillants de la régulation relative à la diversité, ses outils ne s'épuisent pas dans les conventions et le droit souple. Ils n'éclipsent pas des modalités de droit classiques, comme la loi et le règlement. Au contraire, droit souple, droit négocié et droit unilatéral et contraignant ont de multiples points de contact au cœur d'un système hétérogène, hybride, dont le fonctionnement sera abordé *infra*[400].

---

[397] J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 92.
[398] P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 287.
[399] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 170.
[400] V. *infra* § 168 et suiv.

SECTION 1 – UN DROIT CONTRACTUEL

80. La montée en puissance du contrat – Dans les sociétés contemporaines, l'usage traditionnel des lois et règlements se double d'autres outils juridiques que sont les contrats. Le procédé « *connaît* […] *un spectaculaire essor, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique* »[401]. L'expansion du contrat « *est* […] *allée de pair avec la remise en cause plus ou moins forte de l'exclusivité de la loi, de la prééminence de l'État central* […] *et, plus largement, des modes d'action fondés sur le commandement et la contrainte* »[402]. D'une part, la personne publique a intensifié le recours à la technique contractuelle pour réguler les comportements sociaux[403]. D'autre part, le recul de l'État providence a favorisé l'accroissement de la place de la régulation privée dans le secteur économique, au bénéfice du contrat qui en est devenu l'outil privilégié[404]. Dans ce contexte, l'atout de la convention est de produire des effets de droit qui reposent non sur la contrainte, mais sur l'accord de volonté des parties[405]. Dans tous les domaines de la vie sociale, la priorité est donnée à la négociation, au consensus, à la souplesse et à l'adaptabilité. Caractéristique d'un droit déréglementé, il est aussi le marqueur politique d'un mode d'exercice du pouvoir parfois qualifié de gouvernance[406].

81. Un phénomène de contractualisation – La doctrine se rapporte généralement à la notion de contractualisation pour rendre compte de la montée en puissance du contrat[407]. La formule n'est pas neutre. Elle insiste sur la diversité des manifestations juridiques du procédé contractuel[408]. La notion est lâche, ouverte, graduelle. Elle ne s'entend pas uniquement du contrat *stricto sensu*, mais de l'ensemble des formes contractuelles : conventions, accords,

---

401 J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 175.
402 CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Rapport public, 2008, p. 7.
403 J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 88.
404 *Ibid.*
405 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 259.
406 M. AMILHAT, « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public », *RFDA*, no 1, 2018, p. 1-9. Sur la gouvernance, v. par ex. J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *RFAP*, no 105-106, 2003, p. 203-217.
407 Sur la contractualisation, v. par ex. S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007 ; S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007 ; S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Paris, La Documentation française, Rapport public, 2008.
408 S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 38.

partenariats, etc.[409]. Elle met l'accent sur les fonctions du contrat[410]. D'un côté, « *le contrat est un acte juridique qui réalise l'objet pour lequel il a été conclu* »[411]. Il sert à solenniser des engagements, à conforter des droits, à déterminer les responsabilités et à répondre aux exigences de sécurité juridique[412]. C'est un outil juridique. D'un autre, « *le contrat est un mot, un langage qui vaut pour ce qu'il représente, pour ce qu'il symbolise, pour ce qu'il évoque* »[413]. Sa raison d'être ne réside pas uniquement dans son objet, mais aussi dans la signification que lui donnent ses locuteurs et dans la réception qu'en font ses interlocuteurs : c'est un outil rhétorique, si bien que « *le discours contractuel n'est pas exclusivement juridique et brouille* […] *la frontière entre le droit et le non-droit* »[414].

82. La contractualisation relative à la diversité – L'instrumentation du paradigme de la diversité dans le champ juridique n'échappe pas à ce mouvement. Sous l'influence de l'Union européenne, la lutte contre les discriminations est passée d'une politique essentiellement contentieuse à une politique négociée, locale ou sectorielle. En cela, elle a rejoint la lutte contre les inégalités socioéconomiques déjà fortement territorialisée et externalisée. Aujourd'hui, tous les opérateurs qui mettent en œuvre à un titre ou à un autre des politiques de diversité recourent à la contractualisation[415]. Cette méthode partenariale, négociée et concertée, « *a pour but d'amener les acteurs* […] *à souscrire un "engagement" qui sera solennisé par un instrument d'allure contractuelle* »[416]. Le réalisme de la démarche imprègne la forme de la convention, souvent éloignée de la conception traditionnelle du contrat créateur d'obligation[417]. Cette précision apportée, les notions de contrat et de convention seront utilisées indifféremment par commodité. Conventions-cadres, conventions de partenariats, chartes, contrats de marchés publics, contrats commerciaux sont alors autant de formules conventionnelles traitant de la diversité, chacune étant associée à des usages spécifiques. Au demeurant, ces pratiques offrent un aperçu du fonctionnement de ce droit de la régulation relatif à la diversité, sans préjudice

---

[409] *Ibid*., p. 38.
[410] Sur les fonctions du contrat, v. par ex. M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC*, nº 2, 2006, p. 297-310 ; M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation […], op. cit*., p. 323-43.
[411] *Ibid*., p. 323.
[412] CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique […], op. cit*., p. 136.
[413] M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation […] », *op. cit*., p. 323.
[414] *Ibid*., p. 328.
[415] G. CALVES, « Sanctionner ou réguler : L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, nº 4, 2008, p. 42-3.
[416] *Ibid*., p. 43.
[417] Au sens où le contrat est une « *espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation* ». V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., p. 259.

des développements qui y seront consacrés ensuite[418]. En revanche, elles se distinguent des hypothèses de contractualisation de l'emploi dans l'emploi public qui, en dépit de leur vocation compensatoire, relèvent plutôt des formes traditionnelles du contrat aidé prévues par la loi et que connaissent bien les employeurs privés[419].

83. Plan – La volonté d'agir sur le réel est au cœur de la contractualisation. Ce souci d'efficacité conduit à multiplier les contacts avec les acteurs de proximité pour diversifier en luttant contre les discriminations et les inégalités par des mesures concrètes. J. Chevallier a parfaitement identifié les caractéristiques de cette contractualisation[420]. Fondement pragmatique, flexible et consensuel de régulation juridique, le contrat relatif à la diversité est un instrument aussi polyvalent (§ 1) qu'hétérogène (§ 2).

§ 1 – La polyvalence des contrats relatifs à la diversité

84. Position du problème – Plan – L'« *agir contractuel* »[421] concerne essentiellement des actions de formation et de communication, d'échange de bonnes pratiques ou la création de partenariats autour de la non-discrimination et de l'égalité des chances. Pour l'heure, il convient moins de s'intéresser au contenu de ces contrats, qu'à leur caractère collaboratif (A) et normatif (B).

A – Des outils collaboratifs

85. Plan – Les contrats traitant de la diversité assurent la coordination des acteurs (1) et la formalisation de partenariats (2) portant sur la lutte contre les discriminations et les inégalités. En cela, ils s'inscrivent pleinement dans les caractéristiques de la contractualisation telles que les a mises en exergue la doctrine[422].

---

[418] V. *infra* § 168 et suiv.
[419] V. *infra* § 446 et suiv.
[420] Sur ces caractères, v. J. CHEVALLIER, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA*, n° 2, 2018, p. 209-13.
[421] J. CAILLOSSE, « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'Etat », *RFAP*, n° 105-6, 2003, p. 128.
[422] V. par ex. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 176-7 ; P. COSSALTER, « Les modèles de contractualisation », *RFDA*, n° 1, 2018, p. 15-21.

1 – La coordination des acteurs

86. Consistance – Avec la régulation, la production du droit ne se conçoit plus dans un cadre pyramidal, mais dans un environnement « *plus complexe, plus "enchevêtré", celui du réseau* »[423]. Ce maillage est caractérisé par l'existence d'une concurrence normative entre producteurs de droit. L'ordre juridique régalien doit composer avec d'autres systèmes juridiques très actifs, situés à un niveau *supra* et *infra* étatiques. Il doit aussi s'accommoder de la disparition du principe d'unité organique qui caractérisait l'organisation de l'État (hiérarchie, tutelle), dissout par la diversification d'entités administratives, désormais plus autonomes[424]. Dans ce contexte, le procédé conventionnel permet de coordonner et d'harmoniser les activités des autorités publiques entre elles, mais aussi avec celles des personnes privées[425]. Il facilite la mise en cohérence de leurs actions respectives, tout en légitimant le rôle de chacune[426]. Les problèmes posés par la diversité sont transversaux et leur réponse dépasse le seul cadre d'un acteur, quelle que soit par ailleurs la nature de celui-ci. Face au découpage de l'action publique, une coordination est nécessaire. Le contrat permet de formaliser les relations entre les acteurs, notamment « *en corrigeant les effets de la spécialisation fonctionnelle et de la fragmentation des compétences* »[427]. À cette fin, la convention-cadre, « *figure juridique malléable* […] *destinée à jeter les bases d'une coopération durable entre acteurs* », est un outil de choix pour prévoir « *le développement de relations contractuelles et la conclusion de contrats ultérieurs* »[428]. Elle permet de fixer un cadre, de déterminer les engagements réciproques et les limites à l'action de chacune des parties.

87. Illustrations – Au sommet de l'État par exemple, une convention-cadre entre le ministère de la Décentralisation et de la Fonction publique et le ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la recherche établit un partenariat dont l'objectif est de fournir « *un cadre pour de multiples démarches partenariales entre tous les acteurs (ministères, établissements publics, rectorats, écoles de services publics, collectivités territoriales, établissements d'enseignement supérieur, secteur associatif) mobilisés en faveur*

---

[423] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau modèle de production du droit ?, *RIEJ*, nº 44, 2000, p. 2.
[424] J. CHEVALLIER, « Contractualisation(s) et action publique », *op. cit.*, p. 209-13.
[425] En ce sens, J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 176 ; F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, nº 109, 2004, p. 31.
[426] S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère […] », *op. cit.*, p. 25.
[427] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 176.
[428] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 260.

d'une plus grande mixité sociale dans l'accès à la fonction publique »[429]. Dans la même veine, une Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, signée en 2005 par le ministère de l'Enseignement supérieur, le ministère de l'Emploi d'une part et la Conférence des présidents d'université (CPU), la Conférence des grandes écoles (CGE) et la Conférence des directeurs d'écoles et formations d'ingénieurs (CDEFI) d'autre part, organise la mise en réseau d'établissements de l'enseignement supérieur avec des établissements du secondaire[430]. Pour schématiser, ce contrat chapeaute une architecture conventionnelle en cascade qui se donne pour objet de démocratiser l'accès à l'enseignement supérieur[431]. Situé en haut de la structure, le texte donne un cadre aux conventions de partenariat que concluent entre eux ces divers établissements[432]. Le contenu de ces partenariats varie de la découverte de l'enseignement supérieur à l'ouverture d'une voie d'accès réservée aux grandes écoles, en passant par la dispense d'enseignements propédeutiques[433]. La Charte pour l'égalité des chances a ensuite été prolongée par des conventions spécifiques avec la CPU, la CGE et la CDEFI pour définir les modalités précises de mise en œuvre de ces engagements[434]. Ce texte a eu une forte incidence sur la mise en place de dispositifs traitant de la diversité au sein des grandes écoles affiliées à la CGE[435]. Respectant scrupuleusement l'autonomie de ces établissements, cette charte apparaît ainsi comme un instrument de cadrage et de concertation pour organiser l'action[436]. Dans le même ordre d'idée, ce système de coordination a inspiré la

---

[429] Art. 3, MINISTERE DE LA DECENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Conv. cadre « Partenariat pour l'engagement au service des valeurs de la République »*, 26 novembre 2015 (document en possession de l'auteur).

[430] § 1, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005 ; circ. n° 2005-148 du 22 août 2005 *relative à la mise en œuvre de la charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence*.

[431] Al. 6, préambule, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005.

[432] §2, *Ibid.*

[433] V. *infra* § 430 et suiv.

[434] § 2, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005. V. Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, conv. spécifique entre le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, le ministère de l'Éducation nationale, le ministère de l'Écologie, du Développement durable et de la Mer, le ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, le ministère de la Défense, le ministère de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche, le ministère chargé de l'Industrie, le Secrétariat d'État chargé de la Politique de la Ville, le Commissariat à la Diversité et à l'Égalité des Chances d'une part et la CGE et la CDFI d'autre part, 2 février 2010 ; Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, conv. spécifique entre le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, le ministère de l'Éducation nationale, le Secrétariat d'État chargé de la Politique de la Ville, le Commissariat à la Diversité et à l'Égalité des Chances d'une part et la CPU d'autre part, 16 octobre 2010.

[435] S. PERUGIEN, I. BARTH, « Pour la mise en œuvre d'un management de la diversité. En quoi une école peut-elle faire école ? », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 54, 2016, p. 271.

[436] A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites et repositionnement organisationnel. Le cas des politiques d'ouverture sociale en France, et d'*outreach* en Angleterre », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n° 7, 2008, p. 155-71, § 16.

création par les pouvoirs publics d'une Charte des cordées de la réussite, dont l'objectif est d'encourager et de fédérer des opérations partenariales entre les établissements tête de cordée (grandes écoles, universités, CPGE) et les établissements encordés (collèges et lycées de la géographie prioritaire), dont le principe est aujourd'hui repris par le gouvernement avec les Cordées du service public[437].

88. À un autre niveau, c'est aussi par l'intermédiaire d'une convention-cadre que le Réseau des écoles de service public et la conférence des directeurs des instituts de préparation à l'administration générale (IPAG) et des centres de préparation à 1'administration générale (CPAG) « *décident de coopérer à l'objectif général de favoriser l'accès des étudiants des IPAG-CPAG aux concours des écoles de service public* [et de mettre] *l'accent* […] *sur l'égalité des chances au bénéfice des publics d'origine sociale modeste ou issus de territoires ciblés par les politiques publiques d'égalité du territoire, afin de les encourager et de les aider à mieux se préparer aux concours via les CPI* [classes préparatoires intégrées] »[438]. C'est encore la convention-cadre qui est exploitée par les autorités administratives ou constitutionnelles indépendantes pour coordonner leurs actions mutuelles. Ainsi, ayant constaté la proximité de leurs missions respectives, le CSA et le Défenseur des droits[439] ont convenu de rapprocher leurs activités au travers de spécifications fonctionnelles en fait de « *plaintes et réclamations* […] *en matière de diversité et de discrimination* [,] *d'échanges entre leurs collaborateurs* [ou] *de participation* [d'un membre du Défenseur des droits] *à l'Observatoire de la diversité mis en place par le Conseil supérieur de l'audiovisuel* »[440]. Procédé de coordination, le contrat relatif à la diversité est aussi partenarial.

2 – La formalisation de partenariats

89. **Intérêts –** Par définition, le contrat est un outil fondé sur le consensus entre les parties. La contractualisation est remarquable pour ce qu'elle symbolise. D'une part, l'individualisation du lien par une réduction de la distance entre les cocontractants – spécialement lorsqu'il s'agit d'une personne publique et d'une personne privée – et d'autre part, « *l'idée de liberté et de*

---

[437] Charte des « Cordées de la réussite » ; MINISTERE DE LA TRANSFORMATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUES, Talents du service public, Dossier de presse, 2021, p. 12-3.

[438] Al. 8, préambule, RESEAU DES ECOLES DE SERVICE PUBLIC, CONFERENCE NATIONALE DES DIRECTEURS D'INSTITUTS ET DE CENTRES DE PREPARATION A L'ADMINISTRATION GENERALE, *Convention cadre*, 15 novembre 2015 (document en possession de l'auteur). Sur les CPI, v. *infra* § 433 et suiv.

[439] Sur ces missions, v. S. SERENO, *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017.

[440] V. not. art. 1er, 2 et 4, CSA, DDD, Convention, 24 novembre 2014.

responsabilité de celui qui adhère au contrat »[441]. Cette double dimension de proximité et de participation révèle la teneur managériale du procédé contractuel[442]. Le contrat permet d'impliquer et de responsabiliser le destinataire de la norme dans la prise de décision, tout en autorisant l'expression des divers intérêts en présence. Il présente aussi l'avantage de subordonner les objectifs contractualisés à l'obtention d'un consensus. D'un côté, le contenu du contrat est légitime, car ses destinataires l'ont négocié et accepté. D'un autre, il jouit d'une plus grande acceptabilité, d'une meilleure application et de plus de stabilité. En tant qu'instrument de pouvoir, le contrat érige ainsi « *la concertation* [en] *mode de gouvernement* »[443] qui sera approfondi ultérieurement[444].

90. L'essor de l'outil contractuel est également lié à la recherche de l'adaptabilité de la norme. Le contrat permet d'adapter les actions à la spécificité des problèmes rencontrés, de façon à bénéficier d'un droit ajustable. L'un des avantages de ce procédé est de pouvoir se détacher souplement de l'universalité de la règle et de permettre une adaptation de l'action à la spécificité de chaque territoire, de chaque secteur de la société, de chaque groupe social ou de chaque organisation[445]. À ce titre, il figure parmi les préconisations sur la gouvernance européenne pour mieux prendre en compte les particularismes locaux[446]. Par ailleurs, la contractualisation apporte l'expertise des acteurs de terrain, dont les organisations sont parfois démunies dans un certain nombre de domaines (pratiques de gestion de l'entreprise, l'éducation par exemple) ou de sujets (l'exclusion, l'animation de la politique de la ville…)[447]. Le contrat leur permet de s'adjoindre une aide pour élaborer la norme ou décliner leurs actions en mobilisant au-delà de leur sphère d'influence[448].

91. Conventions de partenariat – Ces caractéristiques se retrouvent logiquement dans les contrats portant sur la diversité, dans le prolongement des premières actions transversales de lutte contre les discriminations menées par la puissance publique à la fin des années 1990[449]. En l'espèce, la contractualisation est privilégiée parce que l'action tend la plupart du temps à

---

[441] M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », *op. cit.*, p. 341.
[442] S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la […] », *op. cit.*, p. 23.
[443] CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique […]*,*op. cit.*, p. 137.
[444] *Ibid.*, p. 15. V. *infra* § 215.
[445] *Ibid.*, p. 204.
[446] UNION EUROPEENNE, *Gouvernance européenne — Un livre blanc*, COM/2001/0428 final, JO n° 287, 12 octobre 2001, p. 1-29.
[447] CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique […]*,*op. cit.*, p. 198.
[448] *Ibid.*, p. 198.
[449] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, spéc. p. 188 et suiv. et 210-2.

s'exercer sur le lieu même où se produisent les discriminations et où prospèrent les inégalités. La lutte contre ces phénomènes implique de faire intervenir de multiples acteurs en situation d'interdépendance : administrations locales et nationales, entreprises privées, associations, consultants et organismes d'études. Par un jeu de concessions et d'engagements successifs, la conclusion de partenariats permet de surmonter cet émiettement en assurant la coopération verticale et horizontale des acteurs[450]. À cet égard, la formule est bien plus souple que celle du marché de partenariat public-privé pour la conception, la gestion d'équipements ou de biens nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général[451].

92. L'exemple du *sourcing* – La contractualisation répond par exemple à un enjeu de diversification et d'ouverture des viviers de recrutement pour susciter des candidatures aussi diverses que possible. À cette fin, la convention de partenariat est un outil utile pour assurer le portage d'une politique d'« *outreach* » dans le but de « *démarcher activement des catégories de demandeurs d'emploi que des obstacles objectifs et subjectifs tiennent à l'écart de certains emplois ou de certaines entreprises* »[452]. Le procédé est souvent inscrit au croisement de l'action publique et permet de renforcer l'attractivité auprès d'un collectif plus large par un échange volontariste, notamment auprès des filières éducatives, des organismes de formation ou des forums d'orientation ou d'accompagnement vers l'emploi[453]. De façon générale, la politique de la ville se prête volontiers à la conclusion de conventions de partenariat sur ce thème entre acteurs publics-publics ou publics-privés[454]. De nombreuses entreprises et administrations ont noué des relations avec des associations ou des établissements d'enseignement pour l'insertion professionnelle de jeunes issus des territoires prioritaires de la politique de la ville[455]. Dans le même ordre d'idées, le ministère de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports vient de mettre en place des Cordées du service public en partenariat avec des établissements scolaires de la géographie prioritaire pour faire connaître les métiers

---

[450] En ce sens, J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 177 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique […]*, *op. cit.*, p. 107.
[451] Art. L. 1112-1 et L. 2200-1 et suiv. c. de la commande publique.
[452] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 74.
[453] Art. 11, SAINT-GOBAIN, *Accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012 ; art. 3, VEOLIA EAU, *Accord sur la diversité et la prévention des discriminations au sein de l'UES Véolia eau-Générale des eaux*, 24 juin 2011.
[454] V. par ex. MINISTERE DE LA VILLE, DE LA JEUNESSE ET DES SPORTS, *Guide pratique de la lutte contre les discriminations*, 2017 ; F. –O. MORDOHAY, C. BESNARD, *Guide méthodologique et cas pratiques. Prévention et lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, CGET, 2015, p. 31-2 et 116 et suiv ; S. SAÏD MOHAMED, E. PERICARD, *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, DRJSCS Poitou-Charentes, 2015, p. 22.
[455] Art. 5, SAINT-GOBAIN, *Accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012 ; art. 1er, PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015.

du secteur public aux jeunes de ces écoles[456]. Avec le contrat, les employeurs peuvent aussi se tourner vers des viviers ciblés de recrutement, comme l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (AGEFIPH)[457], l'Association Tremplin[458] ou Mozaïk RH. Ainsi, la Direction générale de l'administration et de la fonction publique **(**DGAFP) a conclu un partenariat avec cette ONG pour développer l'attractivité de l'emploi public en lui confiant le soin de créer « *une interface numérique pour faciliter l'accès des jeunes issus de la diversité aux offres d'emplois de la fonction publique* »[459]. Ce type de convention connaît également un essor pour formaliser les relations entre administrations dans le cadre des dispositifs de préparation aux concours de recrutement dans la fonction publique. Le principe partenarial s'est imposé par le haut dans ce domaine, puisque plusieurs règlements enjoignent aux écoles de service public de conclure des conventions avec des IPAG ou des CPAG pour mettre en place des classes préparatoires dans l'objectif de préparer des personnes aux origines modestes à passer des concours administratifs[460]. Certains partenariats ont pour spécificité de substituer un autre opérateur à la personne publique, cette dernière externalisant son action auprès d'un tiers[461]. C'est ce type de convention qui a permis de façon très ciblée d'articuler localement l'insertion professionnelle des enfants de harkis avec les entreprises signataires de la Charte de la diversité. Ainsi, dans les années 2010, la Mission interministérielle aux rapatriés (MIR) s'est rapprochée des acteurs de la Charte pour accompagner vers l'emploi les descendants de harkis[462].

93. Les partenariats éducatifs – Si l'économie a toujours été un secteur privilégié de la contractualisation, le phénomène déborde ce domaine pour s'étendre à d'autres champs de la société. Dans les années 1980, l'Éducation nationale a joué un rôle pionnier dans cette

---

[456] https://www.fonction-publique.gouv.fr/score/ecoles-formation/talents-du-service-public.
[457] www.agefiph.fr.
[458] www.tremplin-handicap.fr. V. par ex. art. 8.1, SAINT-GOBAIN, *Accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012 ; art. 4, GROUPAMA, Accord *relatif à la Diversité et à l'Egalité des chances au sein de Groupama*, 24 octobre 2008.
[459] MINISTERE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, MOZAÏK RH, *Convention de partenariat*, 29 juin 2020 (document en possession de l'auteur).
[460] V. par ex. art. 6, arr. n° NOR : BCFF0908298A du 18 mai 2009 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire pour l'accès aux concours externes ou aux troisièmes concours des instituts régionaux d'administration.*
[461] J. CHEVALLIER, « Contractualisation(s) et action publique », *op. cit.*, p. 209-13.
[462] § V, circ. n° NOR : PRMX1017437C du 30 juin 2010 *relative à la prorogation de mesures prises en faveur des anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie et de leurs familles* ; MIR, IMS-ENTREPRENDRE POUR LA CITE, *Convention visant à favoriser l'insertion professionnelle des enfants des anciens membres des formations supplétives et assimilés, ainsi qu'à prévenir les discriminations*, 4 février 2009 (document en possession de l'auteur) ; MIR, OPERATEUR ECONOMIQUE ANONYME, *Convention de partenariat dans le cadre de la mise en œuvre du plan emploi harkis*, 30 octobre 2008 (conv. type en possession de l'auteur).

évolution, en introduisant des contrats rattachés à la politique des zones d'éducation prioritaire (ZEP), comme les projets de zone, les contrats de réussite ou les contrats éducatifs locaux[463]. Toutefois, ces conventions n'ont pas pleinement joué leur rôle, au regard du succès des partenariats introduits comme outils d'agrégation des dynamiques d'engagement des professionnels de l'éducation en faveur de la diversité dans les filières d'excellence de l'enseignement supérieur[464]. La Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence déjà évoquée précédemment a donné lieu à la conclusion de conventions de partenariat entre des établissements d'enseignement supérieur prestigieux, des lycées de la géographie prioritaire et les préfectures et rectorats compétents, notamment pour mettre en place des mesures propédeutiques en faveur des élèves[465]. D'autres conventions du même type régissent les apports financiers sur le territoire ou l'adhésion de nouveaux partenaires[466]. Un autre exemple remarquable de ce type de partenariat est observable au travers des CEP de l'IEP de Paris ou des conventions PQPM de l'ESSEC *Business School*[467]. Ainsi, la mise en réseau d'une grande école avec des lycées accueillant des élèves de milieux modestes permet d'ériger un pont entre l'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur. Le dispositif est complété par des conventions avec l'Agence nationale de la cohésion des territoires (ANCT ex. Commissariat général à l'Égalité des territoires)[468] ou divers fonds privés[469]. Dans le sillage de ce programme, d'autres établissements d'excellence ont adopté un dispositif conventionnel analogue : « Une Grande École, Pourquoi Pas Moi » de l'École Polytechnique[470] ou les « conventions diversité » de l'Institut national des sciences appliquées (INSA) de Lyon[471]. Le principe du partenariat semble avoir convaincu le législateur. En effet, celui-ci vient de modifier le Code de l'éducation en ce sens que « *des modalités particulières d'admission destinées à*

---

[463] A. VAN ZANTEN, « L'ouverture sociale des grandes écoles : diversification des élites ou renouveau des politiques publiques d'éducation ? », *Sociétés contemporaines*, n° 79, 2010, p. 89.
[464] *Ibid.*, p. 89.
[465] § 1, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005 ; II, circ. n° 2005-148 du 22 août 2005 *relative à la mise en œuvre de la charte pour l'égalité des chances […]*, *op. cit*. Une convention type figure en annexe II.
[466] § 2, Charte pour l'égalité des chances, *op. cit.* ; IV, circ. n° 2005-148 du 22 août 2005, *op. cit*.
[467] SCIENCES PO, *Convention d'éducation prioritaire*, 2018 (conv. type possession de l'auteur) ; ESSEC, *Conv. de partenariat 2018-2022 entre l'ESSEC et le collège « XXX »*, 2018 (conv. type en possession de l'auteur). Sur les CEP et les conv. PQPM v. *infra* § 421 et suiv. et 452 et suiv.
[468] ESSEC, PREFET DU VAL-D'OISE, *Convention de subvention*, 2016 (document en possession de l'auteur).
[469] Par ex. le Groupe Bouygues, la Fondation Veolia, la Fondation Alcoa, la Caisse d'Épargne Île-de-France, Renault DAV. V. C. DARDELET, T. SIBIEUDE, F. HERVIEU-WANE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Le droit au mérite*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 82.
[470] ÉCOLE POLYTECHNIQUE, *Rapport d'activité 2015-2016. Cordée de la Réussite : « Une Grande École, Pourquoi Pas Moi ? »*, 2016, p. 2-4.
[471] V. le site internet, https://institut-gaston-berger.insa-lyon.fr/content/capinsa.

assurer un recrutement diversifié des étudiants sont mises en œuvre par les établissements dispensant une formation d'enseignement supérieur relevant des différents départements ministériels »[472]. Si lesdites modalités exactes de ces dispositifs sont encore à déterminer, le législateur a emprunté la formule à l'article L. 621-3 du Code de l'éducation qui autorise déjà Sciences Po à conclure des CEP. Il est donc probable que les conventions de partenariat soient retenues pour instrumenter localement ce nouveau cadre.

94. Ces quelques illustrations montrent à quel point la convention de partenariat est topique de « *ces techniques de nouvelle "gouvernance"* » évoquées par J. Chevallier et « *appelées à prendre le relais des anciennes méthodes de "gouvernement", de type unilatéral et contraignant* »[473]. Pour reprendre une formule de J. –P. Gaudin, le paradigme de la diversité sert de moteur à « *un foisonnement de démarches contractuelles, pour aboutir à un jeu désormais très réciproque d'impulsions et de réactions, où chaque acteur* […] *tend à occuper la place du "centre", tantôt celle de la "périphérie"* »[474]. La convention permet alors de concilier les stratégies, d'harmoniser les intérêts en présence et de s'assurer de la coopération verticale et horizontale de toutes les parties prenantes. Cependant, le contrat n'est pas seulement un procédé collaboratif ; il est aussi normatif.

B – Des outils normatifs

95. Consistance – Plan – Le contrat est un moyen pour l'un des cocontractants d'imposer sa volonté à l'autre. En l'espèce, la contractualisation d'une clause portant sur la diversité permettra par exemple de rendre celui-ci débiteur d'une obligation de respecter un code de conduite ou d'une obligation d'adopter des pratiques de recrutement inclusives et non discriminatoires. En ce sens, le contrat est un outil normatif : il fournit « *un modèle de tracé* »[475]. À l'instar de la loi ou du règlement, il permet de définir des lignes de conduite, des lignes d'action[476]. En revanche, cette fonction normative est exercée avec la souplesse et l'adaptabilité propre à la technique contractuelle. Cette singularité se manifeste par la recherche de l'adhésion du cocontractant au contenu du contrat, mais aussi par l'individualisation des

---

[472] Art. L. 611-1, al. 4° c. éduc. ; am. n° 214 déposé par le gouvernement au projet de loi Programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030, 1re lecture, n° 52, 51, 32, 40, Sénat, 27 octobre 2020.
[473] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 177.
[474] J. –P. GAUDIN, « La régulation et les sciences politiques » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 32.
[475] C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, 2008, p. 341-71.
[476] *Ibid.*, p. 341-71.

relations conventionnelles. Avec pragmatisme, la contractualisation permet de jouer sur les intérêts des acteurs, le plus souvent financiers, pour infléchir leur conduite de façon volontaire. Le procédé connaît de nombreuses déclinaisons dans divers secteurs, en particulier dans le secteur économique et marchand selon que sont considérés les relations commerciales privées (1) ou les marchés publics (2).

1 – La contractualisation de clauses relatives à la diversité dans les relations commerciales privées

96. Consistance – Aux premières heures des politiques de diversité en entreprise, les acteurs économiques agissaient d'abord sur leurs propres pratiques. La signature d'une charte ou d'un accord professionnel était surtout l'affaire de l'entreprise. Cette situation a largement évolué. Désormais, les grandes sociétés cherchent à policer leurs partenaires commerciaux comme l'ont fait avant elles les grandes multinationales dans les années 1980[477]. Les firmes n'hésitent plus à contractualiser leurs engagements éthiques avec leurs filiales, leurs fournisseurs ou leurs sous-traitants. La diversité est un thème qui fait l'objet d'une vigilance particulière dans les relations commerciales. Ainsi, le groupe L'Oréal, ou le syndicat des entreprises de travail temporaire s'engagent à veiller à ce que leurs partenaires commerciaux connaissent et respectent leur politique en la matière[478]. L'entreprise Essilor rappelle que « *les cabinets de recrutement, qui assurent cette prestation, sont tenus de respecter la politique d'Essilor en matière de diversité et d'inclusion. Elle est rappelée dans les contrats qui nous lient avec eux* »[479]. Le groupe Lagardère fait quant à lui figurer une clause dans certains de ses contrats d'affaires mentionnant que « *le Contractant s'engage* […] *à respecter les principes définis dans* [la] *Charte* [de la diversité] *et veille à leur respect par leurs sous-traitants* »[480]. Il est patent de constater à quel point cette contractualisation se rapproche du contrat d'adhésion, tant ce type de clauses semble non négociable et écrit à l'avance par l'une des parties[481]. Au cœur de ce rapport de force, « *le contrat devient alors logiquement un instrument*

[477] V. par ex. sur le Code Sullivan (1977) en Afrique du Sud, E. CEDIEY, « Comment l'*affirmative action* vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, n° 17, 2002, p. 152 et suiv.
[478] V. L'OREAL, *Charte éthique. L'éthique au quotidien*, 3e éd., 2014, p. 34 ; § 1 et § 2-4, Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité, 18 novembre 2005. V. ég. *infra* § 144.
[479] Art. 2.1, ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019.
[480] CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2015*, 2016, p. 24-5.
[481] Ce contrat est défini à l'art. 1110, al. 2 c. civ.

"régulatoire" »[482] mis en œuvre par l'opérateur de premier rang qui se mue en régulateur privé[483]. Aussi, les frontières entre les fonctions du contrat comme procédé commercial ou comme outil normatif sont-elles de plus en plus ténues.

2 – La contractualisation de clauses relatives à la diversité dans les marchés publics

97. État du droit antérieur – La commande publique est en quelque sorte le pendant publiciste de la normativité que connaît le contrat commercial de droit privé en matière de diversité. L'ancien article 14 du Code des marchés publics[484] prévoyait que la définition des conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre pouvait comporter des éléments à caractère social. Parmi ces éléments, un Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics édité par le ministère de l'Économie faisait figurer « *la promotion de la diversité et de l'égalité des chances* »[485]. Le document mentionnait pour exemple l'insertion des personnes éloignées de l'emploi (affectation d'heures travaillées à des chômeurs, à des bénéficiaires de minima sociaux, des jeunes au faible niveau de qualification, à des travailleurs handicapés) ou encore la mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics[486]. Cette idée de rechercher dans l'adaptabilité de la commande publique un moyen d'agir en faveur de la diversité est ancienne en France[487]. Elle a été largement expérimentée dans le système américain depuis les premières interventions sous la présidence de Nixon en 1968 jusqu'au développement du *Minority Business Enterprise* sous le mandat de Reagan en 1983[488]. Cependant, elle se heurtait à une jurisprudence administrative restrictive faisant de la condition

---

[482] J. –C. RODA, « Quand la compliance américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *D.*, nº 16, 2020, p. 913-6.
[483] M. –A. FRISON-ROCHE, « Entreprise, régulateur et juge : penser la compliance par ces trois personnages », *in* N. BORGA, J. –C. MARIN, J. –C. RODA, *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, 2018, p. 6.
[484] Abrogé par l'art. 102, ord. nº 2015-899 du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics*.
[485] § 16.4, circ. nº NOR : EFIM1201512C du 14 février 2012 *relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* ; MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE, *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, 2014, p. 77. V. aussi VILLE DE LYON, NANTES METROPOLE, VILLE DE NANTES et *al*., *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans l'emploi à travers les clauses des marchés publics. « Projet BUYDIS » : un premier guide pour les collectivités*, 2014.
[486] § 16.4, circ. nº NOR : EFIM1201512C du 14 février 2012 *relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*. V. ég. le marché communauté urbaine Nantes Métropole *in* VILLE DE LYON, NANTES METROPOLE, VILLE DE NANTES et *al*., *Lutte contre les discriminations […]*, *op. cit*., p. 12 et 39-57.
[487] Par ex. Y. SABEG, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport au Président de la République, 2009, p. 56-60 ; DELOITTE, *La promotion de la diversité dans les entreprises : les meilleures expériences en France et à l'étranger*, Centre d'analyse stratégique, 2010, p. 85 ; F. DHUME, K. HAMDANI, *Vers une politique française de l'égalité. Rapport du groupe de travail « Mobilités sociales » dans le cadre de la « Refondation de la politique d'intégration »*, Rapport au ministre de l'Emploi, du Travail, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, et à la ministre déléguée à la Réussite éducative, 2013, p. 80.
[488] INSTITUT MONTAIGNE, *Dix ans de politiques de diversité : quel bilan ?*, 2014, p. 52.

d'exécution prévue à l'article 14 la seule voie pour promouvoir des objectifs sociaux dans les marchés publics, parce qu'elle condamnait tout critère d'attribution qui paraissait sans rapport avec le contenu même de l'objet du marché[489]. Or, « *l'insertion de clauses sociales* [d'exécution] *est beaucoup plus contraignante pour le pouvoir adjudicateur, qui doit définir précisément à l'avance ce qu'il attend des entreprises* [...] *et beaucoup plus sélective pour les candidats dont les offres seront irrecevables si elles ne correspondent pas exactement à ce qui est demandé* »[490]. Cette difficulté pour utiliser le critère social de jugement interdisait au pouvoir adjudicateur de solliciter des propositions des candidats et de valoriser la performance des offres sur ce point, sans en passer par une condition d'exécution[491]. La performance sociale des offres était donc réduite à la portion congrue, soit les marchés dont l'objet même était à contenu social[492].

98. Évolution de la jurisprudence – Cependant, le droit positif a évolué. La CJUE considère depuis 2012 que le pouvoir adjudicateur peut retenir des critères d'attribution fondés sur des éléments qui ne sont pas des caractères intrinsèques des produits ou services qu'il acquiert, comme des considérations d'ordre social, à condition que ces critères présentent un lien avec l'objet du marché concerné[493]. En 2013, le Conseil d'État a assoupli sa jurisprudence pour l'aligner sur la lecture de la Cour du Luxembourg. Elle s'inscrit aujourd'hui dans le cadre de la directive sur les marchés publics de 2014[494] qui renouvelle la dimension sociale de l'action de l'Union européenne en la matière[495]. Les juges retiennent une interprétation souple et large de la notion d'objet du contrat. Les critères sociaux ne concernent pas uniquement les marchés publics à vocation sociale, dès lors que le marché peut être au moins partiellement exécuté par des publics en difficulté. D'ailleurs, le juge prend soin de préciser que l'absence de clauses

---

[489] CE, ssr., 10 mai 1996, n° 159979, *Fédération nationale des travaux publics* ; CE, ssr., 25 juillet 2001, n° 229666, *Commune de Gravelines* ; CAA Douai, ch., 29 novembre 2011, n° 10DA01501, *Région Nord-Pas-de-Calais.*

[490] G. PELLISSIER, « A quelles conditions le critère social peut-il être utilisé pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ? », *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, n° 89, 2013, p. 269-78.

[491] *Ibid.*

[492] VILLE DE LYON, NANTES METROPOLE, VILLE DE NANTES et *al.*, *Lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 24-5.

[493] CJUE, ch., 10 mai 2012, n° C-368/10, *Commission c. Pays-Bas*, spéc. § 91.

[494] CE, ss., 25 mars 2013, n° 364950, *Département de l'Isère* : un critère de valorisation des offres en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté est en rapport avec l'objet d'un marché de travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées, dès lors que ce marché est « *susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion* » (cons. 6) ; art. 67, 3), dir. n° 2014/24/UE du PE et du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics et abrogeant la dir. n° 2004/18/CE.*

[495] E. MAZUYER, « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? », *RDT*, n° 2, 2017, p. 83-94 ; E. VAN DEN ABEELE, *Integrating social and environmental dimensions in public procurement : one small step for the internal market, one giant leap for the EU ?*, Etui., Working Paper 2014.08, 2014.

d'exécution du marché spécifique n'est pas un obstacle au critère social. Autrement dit, il n'est pas nécessaire d'insérer une clause d'exécution à vocation sociale en vue de sélectionner les opérateurs sur la base d'un critère social[496]. Récemment, le Conseil d'État est allé plus loin concernant un contrat de concession. Il a considéré qu'un critère social tenant aux retombées sur l'emploi local était en lien avec une concession portant sur la gestion et l'exploitation d'un port par le département de Mayotte et pouvait donc être légalement utilisé pour comparer des offres. Selon le juge, le critère n'impliquait pas par lui-même de favoriser les entreprises locales, mais bien d'examiner les apports des offres à la création d'emplois locaux par l'activité objet de la concession[497]. Ce faisant, le Palais Royal s'est placé dans la continuité de la jurisprudence de 2013 sur les marchés publics, en retenant une approche large entre l'objet du contrat et le critère social.

99. Droit positif – Malgré ces évolutions, le Guide de bonnes pratiques ne faisait nulle mention d'un item de « *promotion de la diversité* » parmi les critères sociaux en lien avec l'objet du marché. Le document réservait cette mention aux critères d'exécution conformément à l'état du droit antérieur[498]. Le nouveau Code de la commande publique capitalise les acquis jurisprudentiels et incorpore expressément le critère de la diversité dans l'ordonnancement des marchés publics. Il dispose que le marché est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution[499]. Cette offre économiquement la plus avantageuse est appréciée par l'acheteur au regard de critères comprenant notamment des critères qualitatifs, environnementaux ou sociaux, parmi lesquels figure celui de « *la diversité* »[500]. Cette disposition peut être lue conjointement avec l'article L. 2112-2 qui prévoit que « *les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives* […] *à la lutte contre les discriminations* » et dans une certaine mesure avec l'article L. 2141-4 qui

---

[496] R. APELBAUM, A. DE BELENET, « Comment utiliser le critère social dans les marchés publics », *La Gazette des communes*, 17 juin 2020.
[497] CE, ch., 20 décembre 2019, n° 428290, § 7-8.
[498] Les critères en lien avec l'objet du marché étaient pris sur le fondement de l'anc. art. 53 du c. des marchés publics. V. MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE, *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, 2014, p. 78.
[499] Art. L. 2152-7 CCP. V. aussi art. 67, dir. n° 2014/24/UE du PE et du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics et abrogeant la dir. n° 2004/18/CE* ; MINISTERE DU TRAVAIL, MINISTERE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, MINISTERE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, 2018.
[500] Art. R. 2152-7, 2°, a) CCP codifié par annexe, décr. n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 *portant partie réglementaire du code de la commande publique*. V. ant. art. 62, décr. n° 2016-360 du 25 mars 2016 *relatif aux marchés publics* : *Contrats et Marchés publics*, n° 5, 2016, p.17 com. D. SOLAND, G. BARNIER.

exclut de la procédure de passation des marchés publics les personnes pénalement condamnées pour discrimination. Avec ce dispositif, le critère social est envisagé comme une incitation circonstanciée concourant à la réalisation des prestations prévues par le marché. C'est là une manifestation de la dimension normative du contrat. Au travers d'une clause levier insérée dans l'appel d'offres, le soumissionnaire est incité à agir en matière de diversité. Il est possible d'imaginer ici des actions de formation, de sensibilisation, de recrutement, de gestion inclusive du personnel et d'évaluation des pratiques des sous-traitants appelés à réaliser les prestations prévues par le marché[501]. Cette orientation est « *révélatrice d'une volonté des pouvoirs publics de peser sur l'action des organisations privées, non par le biais de la contrainte, mais par celui de l'incitation, via une modification du système économique, susceptible d'affecter les paramètres de la rentabilité* »[502]. Elle participe d'« *une forme d'émulation en valorisant le "mieux-disant" social* »[503] et hausse « *de façon générale le niveau des prestations attendues* »[504]. En revanche, une fois son offre formalisée, le soumissionnaire y est tenue et ne peut plus négocier avec l'administration.

100. Difficulté – Il peut être délicat de différencier les exigences liées à la prestation de la politique générale de l'entreprise soumissionnaire. Ces exigences sont intrinsèquement limitées au critère de diversité lié à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. En effet, le juge considère que si « *les critères à caractère social* […] *peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché* [les dispositions du Code de la commande publique n'ont] *ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause* »[505]. L'acheteur doit donc se garder de conditions ou de critères prétendant développer ou évaluer la politique générale de l'entreprise en matière de diversité dans l'emploi[506]. Cet aspect du droit positif prévu par la directive sur la passation des marchés publics

---

[501] V. les ex. des collectivités engagées dans le projet « Buydis », VILLE DE LYON, NANTES METROPOLE, VILLE DE NANTES et *al.*, *Lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 7-13.
[502] I. DESBARATS, « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *DS*, n° 7-8, 2015, p. 572-81.
[503] P. IDOUX, « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA*, n° 2, 2016, p. 260-9.
[504] *Ibid.*
[505] CE, ch., 25 mai 2018, n° 417580, *Nantes Métropole*, cons. n° 7 ; v. ég. al. 97, préambule, dir. n° 2014/24/UE du PE et du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics et abrogeant la dir. n° 2004/18/CE*.
[506] VILLE DE LYON, NANTES METROPOLE, VILLE DE NANTES et *al.*, *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans l'emploi à travers les clauses des marchés publics. « Projet BUYDIS » : un premier guide pour les collectivités*, 2014, p. 27.

et le Code de la commande publique[507] interdit par exemple que le label Diversité, qui implique la mise en œuvre d'actions préventives de lutte contre les discriminations dans les organisations, soit valorisé pour conditionner l'accès aux marchés publics, à l'instar de ce qui est fait aux États-Unis et qui a été un temps envisagé en France[508]. Bien que seules prévalent les exigences de lien avec l'objet du marché et des conditions d'exécution, la frontière avec la politique de l'entreprise peut s'avérer ténue[509]. Le critère social est autorisé s'il se rapporte aux salariés qui seront employés dans le cadre du marché ; il devient illégal s'il se contente d'apprécier la politique générale de l'entreprise[510]. Pour chaque commande publique, il convient donc de s'assurer qu'il existe un lien suffisant entre le critère de diversité et le marché en question. Prenant acte de cette difficulté, le CESE rappelle que si les démarches de labellisation ne peuvent pas être des critères d'attribution du marché, celles-ci pouvant apparaître trop éloignées de l'objet du marché en raison de leur approche globale, elles peuvent être prises en compte au stade de l'appréciation des offres soumises par les entreprises dès lors qu'elles se rapportent aux « *conditions de production et de commercialisation* »[511] de l'offre. La détention du Label diversité par les candidats pourrait ainsi jouer au moment de l'examen des conditions de production.

101. Au demeurant, l'état du droit positif s'éloigne des suggestions de l'Observatoire économique de l'achat public, reprises par le Défenseur des droits, sur l'introduction d'une « clause diversité ». Plutôt qu'un critère d'attribution, ce dernier proposait d'exiger des soumissionnaires, notamment pour les grands marchés de l'État, de renseigner un formulaire permettant d'évaluer les efforts menés par l'attributaire du marché pour promouvoir la non-discrimination. Cette demande d'information sur des actions menées en matière de prévention

---

[507] Art. 43 dir. nº 2014/24/UE du PE et du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics et abrogeant la dir. 2004/18/CE* ; art. R. 2111-15 CCP.

[508] S. BENICHOU, D. SABBAGH, I. KOHLER, *Égalité de traitement dans l'emploi : Les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine*, French-American Foundation, 2009, p. 17-20 et 30 ; Y. SABEG, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport au Président de la République, 2009, p. 58-9 ; P. LOZES, M. WIEVIORKA, *Lutte contre le racisme et le communautarisme*, Rapport au ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer et des Collectivités territoriales et au ministre des Affaires étrangères et européennes, 2010, p. 62. Par ailleurs, en l'absence de normalisation européenne ou ISO, la valorisation de la détention du Label Diversité français pourrait dans certains cas heurter le principe de non-discrimination entre les candidats à raison de la nationalité.

[509] CE, ch., 25 mai 2018, nº 417580, *Nantes Métropole*, cons. nº 7 : le critère de « *performance en matière de responsabilité sociale* » imposé par la collectivité ne concerne pas seulement les conditions dans lesquelles les entreprises candidates exécuteraient l'accord-cadre en litige, mais porte sur l'ensemble de leurs activités et a pour objectif d'évaluer leur politique générale en matière sociale, sans s'attacher aux éléments caractérisant le processus spécifique de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat.

[510] R. APELBAUM, A. DE BELENET, « Comment utiliser le critère social dans les marchés publics », *op. cit.*

[511] P. LEXCELLENT, *Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité*, CESE, 2018, p. 66.

des discriminations suivrait le principe du « *comply or explain* »[512]. Obligatoire pour l'éligibilité du dossier du soumissionnaire, ce document n'avait pas vocation à être pris en considération pour l'attribution du marché. Ce faisant, le Défenseur des droits aurait disposé d'un droit d'accès aux données analysées par l'Observatoire économique de l'achat public sur ces volets, afin d'en tirer des enseignements sur les progrès réalisés par les entreprises soumissionnaires pour promouvoir la non-discrimination[513]. Le législateur a privilégié le levier économique et il est regrettable qu'aucune donnée ne soit finalement transmise au Défenseur des droits.

102. Instrument pragmatique à visées collaborative et normative, le contrat est aussi hétéroclite que ces deux aspects le laissent entendre.

§ 2 – L'hétérogénéité des contrats relatifs à la diversité

103. Position du problème – De manière générale, les usages de la technique contractuelle ne s'inscrivent plus vraiment dans l'approche traditionnelle du contrat[514]. En principe, l'architecture contractuelle s'adosse à la loi et suppose l'existence d'une instance chargée de garantir sa validité et son effectivité, le juge[515]. Le Conseil d'État a souligné la nature hétérogène des contrats employés par l'administration, au point de s'interroger sur la pertinence de cette terminologie[516]. Face à la diversité des formes et des utilisations du contrat, certains ont vu dans la contractualisation « *une utilisation anormale ou atypique des procédés contractuels* »[517].

104. Gradation – Pour J. Chevallier, la contractualisation de l'action publique est tantôt affaire « *de "contrats" formels, mais contrats "forcés", caractérisés par des "relations dissymétriques" et dont la conclusion est fondée sur l'"intérêt" bien compris du partenaire*

---

[512] Sur ce principe, v. *infra* § 159, 217, 236, 248, 252.
[513] J. –C. SCIBERRAS, *Rapport sur le suivi de la mise en œuvre des propositions du groupe de dialogue sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social et au ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, 2016, p. 42-3.
[514] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 179.
[515] J. CHEVALLIER, « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, 2006, p. 144.
[516] CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique […]*,*op. cit*., p. 250-2.
[517] M. AMILHAT, « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public », *RFDA*, n° 1, 2018, p. 1-9.

privé, tantôt de "conventions" informelles, reposant sur des rapports "équilibrés" à base de "confiance" »[518]. Par conséquent, « *les frontières entre contrat et acte unilatéral d'une part, entre contrat et procédés plus souples et plus informels de coopération et de régulation d'autre part, sont devenues floues* »[519]. Les difficultés pour tracer cette frontière se retrouvent dans les contrats traitant de la diversité. Pour ne prendre qu'un exemple, la technique est souvent dépourvue de dispositifs de contrainte et de sanction. La plupart du temps, à l'exception notable des contrats de marchés publics et des contrats commerciaux entre opérateurs privés, le contrat ne possède pas de mécanismes véritablement contraignants et ne prévoit pas nécessairement de sanctions. Cet état du droit implique une sorte de gradation, qui traduit le souci de la souplesse et de l'adaptabilité du contrat à son environnement. Il ne fait guère de doute par exemple, que les clauses relatives à la diversité des marchés publics penchent plutôt du côté de la première tendance identifiée par J. Chevallier, dès lors qu'au moment de la formation du contrat, l'administration a le pouvoir d'imposer sa volonté : fixation unilatérale des exigences du cahier des charges, relations dissymétriques entre l'acheteur en position d'imposer sa volonté et le soumissionnaire, contraint d'y répondre au mieux s'il veut être retenu. À côté, les conventions signées dans le secteur de l'enseignement supérieur sont plus souples. S'ils reposent bien sur la négociation, les engagements réciproques formalisés sous des appellations diverses (chartes, conventions, etc.) sont souvent exprimés dans des termes et conditions relativement flexibles qui laissent une forte marge d'appréciation à leurs signataires. Ils constituent souvent « *davantage les cadres de programmes d'action ajustés à une situation spécifique que des contrats stricto sensu* »[520]. Pour les CEP par exemple, les obligations de l'Établissement partenaire relatives à l'accompagnement des élèves sont formulées en termes généraux et ne diffèrent guère de ses missions éducatives (« *rencontre avec des professionnels ; entraînement à l'expression orale ; formation aux méthodes de travail* »[521]). La convention laisse par ailleurs une marge d'appréciation pour développer « *toute autre forme d'accompagnement jugée utile* »[522] par l'une ou l'autre des parties. La dimension partenariale et les rapports équilibrés et de confiance évoquée plus haut sont essentiels ici. En contrepoint d'un système éducatif fondé sur un mode de gestion bureaucratique, hiérarchisé, où les tâches sont segmentées et soumises à un contrôle de conformité, ils donnent toute leur place à la compétence, à l'articulation des

[518] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 179.
[519] *Ibid.*, p. 179.
[520] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 87.
[521] Art. 3, SCIENCES PO, *Convention d'éducation prioritaire*, 2018 (conv. type possession de l'auteur).
[522] *Ibid.*

domaines d'action, à l'innovation et à l'évaluation des résultats à fins d'efficacité[523]. Le cas des chartes pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence est également manifeste de ces procédés conventionnels de coopération souples et informels. Celles-ci ne comportent aucune mesure structurelle ou des indicateurs précis à respecter. Les signataires exposent des constats, formulent des objectifs, souscrivent à des principes, prennent des engagements, formulent des invitations ou des incitations dans des conditions relativement lâches[524]. Les dispositions de ces conventions sont souvent imprécises et générales. Ces outils de régulation de l'enseignement supérieur d'excellence respectent scrupuleusement l'autonomie des parties. Ils apparaissent davantage comme des instruments de cadrage et de concertation pour le partage des actions, que comme des sources normatives autonomes auxquelles ils seraient tenus de se conformer[525]. Ces caractéristiques peuvent créer une insécurité juridique que l'opacité de la négociation (notamment du choix des cocontractants personnes privées) et des conditions d'exécution peut venir renforcer. Or, le Conseil d'État n'a eu de cesse de rappeler qu'un contrat mal négocié ou mal agencé est fragile et peut déboucher sur des situations de vide juridique[526]. Une convention n'est justiciable qu'à la condition que ses clauses le permettent, ce qui tendrait à faire de certaines des conventions relatives à la diversité des « *pseudo-contrats* »[527], c'est-à-dire des contrats qui ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de leurs signataires[528]. Une autre façon d'envisager les choses consiste à voir dans la contractualisation « *moins* […] *une extension de la forme classique du contrat* [qu'un] *déploiement de la procédure contractuelle hors du domaine traditionnel du contrat* »[529].

105. La continuité entre la loi et le contrat – Au demeurant, le phénomène de la contractualisation n'est pas en opposition avec la loi. Les deux normes « *se situent en réalité sur une échelle de continuité* »[530]. Ce *continuum* se confirme en l'espèce. D'un côté, le contrat ne se substitue pas aux procédés traditionnels unilatéraux et contraignants. D'un autre côté, « *la production normative est* […] *caractérisée par une interpénétration croissante des sources*

---

[523] A. VAN ZANTEN, « L'ouverture sociale des grandes écoles […] », *op. cit.*, p. 89.
[524] Par ex. § 1 et 2 § 2, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005 ; § 1, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 16 octobre 2010.
[525] A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites et repositionnement organisationnel […] », *op. cit.*, § 16.
[526] CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique […]*, *op. cit.*, p. 205.
[527] CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 58.
[528] Ibid.
[529] S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère […] », *op. cit.*, p. 5.
[530] J. -M. PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, n° 3, 2000, p. 187.

hétéronomes et autonomes du droit, par un enchevêtrement de la norme prescrite et de la norme convenue, l'une et l'autre pouvant être mobilisées au service d'un même projet normatif »[531]. Ainsi, il n'est pas rare que les prescriptions légales soient rappelées dans les conventions relatives à la diversité. Le procédé concourt alors à la diffusion du droit. Dans d'autres cas, le contrat prolonge la loi en assurant sa mise en œuvre, un peu comme le ferait un acte réglementaire d'application : il constitue alors « *le dernier maillon de la chaîne normative, destiné à* [décliner] *les obligations légales dans une relation individualisée* »[532]. Le contrat permet par exemple au CSA d'exercer la mission qui lui a été confiée par le législateur de « *veiller* […] *auprès des éditeurs de services de communication audiovisuelle, compte tenu de la nature de leurs programmes, à ce que la programmation reflète la diversité de la société française* »[533]. Cette formule de la « *régulation par le contrat* »[534] a été employée par le Conseil dès le début des années 2000, avec l'introduction dans les conventions des éditeurs de services de télévision privés d'un engagement « *tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes* »[535]. Le CSA souhaite aujourd'hui étendre la contractualisation aux SNP (actuellement soumises à la loi, à un cahier des charges et à des contrats d'objectifs et de moyens avec l'État), comme il le fait avec les éditeurs de services privés[536]. En outre, les diffuseurs se sont engagés depuis 2010 à prolonger cette action par l'insertion d'une clause « diversité » dans leurs contrats de commande de programmes, qui prévoit que toutes les parties signataires s'assurent de la représentation de la diversité de la société française[537]. Plus récemment, des opérateurs radiophoniques ont à leur tour négocié avec le CSA des obligations conventionnelles pour que leurs « *programmes* […] *reflètent authentiquement la diversité de la société française* »[538]. Ces conventions signées entre le CSA

---

[531] S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère […] », *op. cit.*, p. 4.
[532] *Ibid.*, p. 17.
[533] Art. 3-1, al. 4, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication dite Loi Léotard*.
[534] J. CHEVALLIER, « Le modèle politique du contrat […] », *op. cit.*, p. 148.
[535] CSA, délib. n° 2009-85 du 10 novembre 2009 *tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes des chaînes nationales hertziennes gratuites et de Canal +* ; CSA, délib. n° 2015-34 du 16 septembre 2015 *modifiant la délibération n° 2009-85 du 10 novembre 2009 tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes des chaînes nationales hertziennes gratuites et de Canal+*.
[536] CSA, *Refonder la régulation audiovisuelle*, 2018, p. 35.
[537] V. par ex. CSA, déc. n° 2000-1021 du 29 novembre 2000 *portant reconduction de l'autorisation délivrée à la société Canal Plus modifiée par : avenant n° 1 du 27 novembre 2000 et avenant n° 2 du 19 décembre 2000* ; CSA, DIVERSITE TV, *Convention concernant le service de télévision RMC Story*, 3 juillet 2012 ; CSA, CHERIE HD, *Convention concernant le service de télévision Chérie 25*, 2 juillet 2012 ; CSA, TELEVISION FRANÇAISE 1, *Convention concernant le service de télévision TF1*, 27 juillet 2017.
[538] CSA, délib. n° 2015-34 du 16 septembre 2015 *modifiant la délibération n° 2009-85 du 10 novembre 2009 tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes des chaînes nationales hertziennes gratuites et de Canal+*, art. 3, 2. Cela concerne Europe 1, RMC et RTL.

et les éditeurs de services télévisuels contiennent des clauses empreintes de verticalité et d'unilatéralité, traduisant une asymétrie au profit de l'API. Pour exemple, l'éditeur de service TF1 Séries Films est tenu d'informer annuellement le CSA des engagements qu'il prend en matière de diversité pour l'année à venir. Le Conseil dispose d'un pouvoir d'appréciation : il peut les accepter ou demander à l'éditeur de les modifier, s'il estime les propositions insuffisantes ou inappropriées[539]. À cela s'ajoute un pouvoir général de contrôle et de sanction en cas d'inexécution de leurs obligations[540]. Pour renforcer ces prérogatives, le CSA plaide depuis plusieurs années pour disposer d'un pouvoir réglementaire sur le fondement de l'article 3-1 de la loi Léotard. Cela lui permettrait de déterminer des indicateurs quantitatifs et qualitatifs pour apprécier la représentation de la diversité à l'antenne. Ces indicateurs pourraient donner lieu à un système d'évaluation à destination des opérateurs audiovisuels, ce qui doterait le Conseil d'un pouvoir d'injonction à leur égard s'ils ne respectaient pas leurs engagements[541]. Dans ce genre de configuration, le contrat ne garantit donc pas toujours l'équilibre qu'il symbolise au premier abord[542]. Pour le Conseil constitutionnel, la formule contractuelle répond surtout « *au souci de permettre au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adapter à chaque situation particulière les règles de portée générale définies par la loi du 30 septembre 1986* »[543]. Et les sages de conclure « *que les règles ainsi posées, loin de méconnaître le principe d'égalité, permettent, tout au contraire, d'en assurer la mise en œuvre* »[544]. Pour autant, la contractualisation peut alimenter le discrédit de la loi et de l'action publique. Le développement de l'usage du contrat dans des champs sans cesse nouveaux, à l'instar des contrats relatifs à la diversité, installe l'administration dans un rôle de gestionnaire et d'arbitre des problèmes qui affectent la société[545]. Pour le Conseil d'État, son activité se ramènerait désormais à la recherche de compromis pour faire face aux problèmes sociaux, alors que sa raison d'être serait plutôt de les surplomber[546]. Cette critique de l'action publique sera développée plus amplement dans la

[539] CSA, TF1 SERIES FILMS, *Convention concernant le service de télévision TF1 Séries Films*, 20 décembre 2018.
[540] Art. 4-1-3 à 4-2-4, CSA, TF1 SERIES FILMS, *Convention concernant le service de télévision TF1 Séries Films*, 20 décembre 2018.
[541] CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité […]*, 2016, p. 6.
[542] P. ANCEL, « L'accroissement de l'unilatéralité dans le contrat ? » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 321.
[543] Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. n° 19.
[544] *Ibid.*
[545] En ce sens, CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique […]*, *op. cit.*, p. 215.
[546] *Ibid.*, p. 216.

suite de l'étude. Pour l'heure, il convient de s'intéresser à une autre forme des normes relatives à la diversité, le droit souple.

SECTION 2 – UN DROIT SOUPLE

106. Le droit souple, un autre attribut du droit de la régulation – À en croire J. Chevallier, « *l'érosion de la capacité de la régulation de l'État et la marge d'autonomie dont disposent les acteurs sociaux imposent, dans une série de domaines, le recours à des formes d'interventions différentes ; plutôt que d'ordonner et de contraindre, il s'agit de faire usage de moyens d'influence et de persuasion, recherchant l'adhésion des intéressés et visant à obtenir la coopération* »[547]. Chemin faisant, chaque acteur social devient producteur de ses propres normes de conduite tenant compte des exigences de son environnement[548]. Pour B. Lavergne, ce glissement des mécanismes de droit classiques, sur le mode du commandement unilatéral, à des procédés plus souples d'incitation et plus diffus, est caractéristique du phénomène de la régulation[549]. D'un point de vue sémantique, la doctrine a cherché à rendre compte de l'existence d'un droit détaché de l'acception traditionnelle de la règle juridique au moyen de dénominations prolifiques[550]. En l'espèce, la formule du droit souple présente le double avantage d'être apparemment neutre et d'avoir été normalisée par le Conseil d'État et par la Commission de terminologie et de néologie en matière internationale pour traduire la notion de *soft law*[551].

107. Un droit souple relatif à la diversité – L'instrumentation du paradigme de la diversité est particulièrement représentative de cette « *nouvelle "économie normative"* »[552] du droit souple. De nombreux instruments aux dénominations variées, *a priori* dépourvus de force obligatoire et contraignante, visent à sensibiliser, orienter, inciter les comportements en matière de lutte contre les discriminations et les inégalités. Avis, recommandations, délibérations, normes techniques, labels, codes de conduite, guides de bonnes pratiques, chartes forment un droit souple portant sur la diversité qui égraine le droit du travail, le droit de l'informatique et

---

[547] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4e éd., 2017, p. 185.
[548] V. par ex. I. FALQUE-PIERROTIN, « Le droit souple vu de la CNIL : un droit relais nécessaire à la crédibilité de la régulation des données personnelles » *in* CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 241.
[549] B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 43.
[550] V. par ex. CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, 2013 (« *droit souple* ») ; M. DELMAS-MARTY, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? » *in* J. CLAM, G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 209 (droit « *mou* », « *doux* », « *flou* ») ; CE, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, 2006, p. 230 (droit « *à l'état gazeux* ») ; S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012 (« *petites sources* »).
[551] V. *Vocabulaire des affaires étrangères (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, JORF, no 0245, 19 octobre 2008, p 6049, t. no 36.
[552] J. CHEVALLIER, « Introduction » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al.*, *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4, 2012, p. 710.

des libertés, de l'emploi public, de l'audiovisuel, le droit commercial, etc. Dans un souci de lisibilité, ces supports de droit souple seront désignés dans leur dimension générique comme des instruments, des actes, des dispositifs, des normes ou encore des documents.

108. Parler de droit souple portant sur la diversité, c'est avant tout parler de droit. Or, saisir le droit souple n'est pas aisé. « *Tout comme la définition du "droit", celle du "droit souple" est un effort de compréhension fondamentale d'un concept, de son existence, de ses fondements, de ses fins, plus qu'un outil de maniement opératoire du droit et de délimitation des effets précis et abstraits* »[553]. L'entreprise a donné lieu à de nombreux essais, desquels se dégage l'idée, « *objet d'un assez large assentiment, selon laquelle le droit souple désigne un droit non contraignant (ce qui le distingue du droit dur), mais susceptible de produire un effet tout de même (ce qui le distingue du non-droit)* »[554]. Les effets de ces documents apparaissent alors comme des éléments centraux du droit souple, à partir desquels il est possible de l'appréhender[555]. Résolument pratique, cette approche est intéressante pour rendre compte des maîtres mots qui en font le fondement d'un droit de la régulation : efficacité, plasticité, réactivité, adhésion, pluralisme. Elle suppose d'exposer, au préalable, comment saisir le droit souple par ses effets (§ 1), avant de mettre en lumière les principaux effets des instruments relatifs à la diversité qui les rattachent au droit souple (§ 2).

§ 1 – Le droit souple saisi par ses effets

109. Position du problème – Plan – Le droit souple n'est pas une catégorie aux frontières bien définies[556]. Il s'avère le plus souvent difficile à cerner de manière satisfaisante (A). À dire vrai, le droit souple semble le mieux se caractériser par ses effets (B).

---

[553] P. DEUMIER, « La soft law devant le juge : une figure à géométrie variable » *in* P. –H. ANTONMATTEI, B. BREHIER, D. GUTMANN et *al.* (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p. 372.
[554] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets » *in* CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 248.
[555] *Ibid.*, p. 249.
[556] Pour un aperçu, v. not. M. AILINCAI, « Propos introductifs » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 7-27.

A – Un droit souple difficile à cerner

110. La question de l'inclusion du droit souple dans le champ juridique – Aussi tautologique que cela puisse paraître, parler d'un droit souple implique de s'interroger sur sa nature juridique : le droit souple est-il du droit[557] ? Pour H. Kelsen, le droit est un ensemble de règles édictées selon des formes particulières, qui forment un ordre de contrainte doté d'une force obligatoire dont l'exécution est garantie par l'existence de procédures de sanction. Sous l'angle déontologique, ces normes comportent des prescriptions auxquelles les destinataires doivent se conformer[558]. Elles peuvent être impératives que ce soit sous la forme d'un commandement, d'une injonction ou encore celle d'un interdit ou d'une prohibition[559]. Elles peuvent aussi être permissives et autoriser certains comportements ou habiliter leurs destinataires en leur conférant une capacité d'action[560]. Le droit moderne repose tout entier sur cet axiome[561]. Par conséquent, admettre l'existence d'un droit souple bouleverse les fondements du positivisme juridique.

111. Pourtant, cette conception ne correspond plus à l'état actuel du droit. Dans son rapport public de 2013 consacré au droit souple, le Conseil d'État a admis que « *la contrainte n'est plus depuis longtemps la seule marque de la juridicité* »[562] : « *oscillant entre rigueur et douceur, la technique juridique est désormais marquée par l'ambivalence* »[563]. La reconnaissance d'un droit souple correspond à l'émergence d'une nouvelle lecture de la normativité juridique, en rupture avec la conception kelsenienne assimilant le droit à l'obligatoire et à la contrainte et le système juridique à un ordre hiérarchique et autoréférentiel[564]. Le droit souple cherche à s'affranchir de la logique binaire entre ce qui relève du droit et ce qui n'en relève pas, « *à constituer une forme d'entre deux entre la règle obligatoire et l'absence de juridicité* »[565]. En effet, dans la mesure où ils ne rentrent pas dans les canons traditionnels du droit, les

---

[557] C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, n° 4, 2003, p. 599-628.
[558] M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al.*, *Le droit souple*, Paris, *Dalloz*, 2009, p. 5.
[559] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 184.
[560] *Ibid.*, p. 184.
[561] V. par ex. P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques » *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 3-11.
[562] CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, 2013, p. 5.
[563] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 184.
[564] M. AILINCAI (dir.), « La soft law dans le domaine des droits fondamentaux », *RTDH*, n° 105, 2016, p. 184 ; P. GERARD, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al.*, *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4, 2012, p. 39.
[565] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 248.

phénomènes normatifs englobés sous l'appellation de droit souple relativisent la délimitation des sources du droit[566]. Cependant, postuler leur intégration dans le champ juridique ne solde pas la question de l'indétermination du droit souple. Parmi les nombreuses tentatives de clarification opérées par la doctrine, il a été proposé de saisir le droit souple en négatif du droit dur (1) et par sa fonction normative (2), étant précisé que ces deux approches ne sont pas nécessairement perméables l'une à l'autre[567].

1 – Saisir le droit souple en négatif du droit dur

112. Consistance – Le droit souple est un concept fourre-tout caractérisé par l'hétérogénéité de ses manifestations, « *au point de ne plus trop savoir ce qu'il recouvre, ou plutôt de pouvoir tout recouvrir* »[568]. Il est « *une bannière sous laquelle il est possible de ranger toutes les nouvelles manifestations qui, pour ne pas rentrer dans les cadres plus ou moins bien tracés des sources formelles, tombent par défaut dans la très accueillante catégorie de droit souple* »[569]. Les auteurs en donnent une définition variée et fluctuante[570]. Le droit souple est ce qui n'est pas du droit dur, sans pour autant sortir du champ juridique[571]. Il cadre avec l'ensemble des actes qui ne sont pas établis dans les formes usuelles du positivisme juridique (la loi, le règlement, le contrat, etc.) et qui ne présente pas les caractéristiques traditionnellement attribuées au droit, à savoir une prescription obligatoire dont la méconnaissance est sanctionnée[572]. En ce sens, la doctrine insiste généralement sur les instruments qui ne créent pas de droits et d'obligations pour leurs destinataires, mais qui cherchent à orienter leurs comportements[573]. C'est aussi sous cet angle qu'ont été présentés les instruments relatifs à la diversité en ouverture du propos sur le droit souple. De ce point de vue, non seulement le *negotium* – le contenu – est souple, mais l'*instrumentum* – le contenant – l'est aussi. Cette approche a été retenue par le Conseil d'État,

---

[566] P. GERARD, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », *op. cit.*, p. 38.
[567] V. de manière générale M. AILINCAI, « Propos introductifs » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 7-27.
[568] P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al*., *Le droit souple*, Paris, *Dalloz*, 2009, p. 113.
[569] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 248.
[570] À suivre B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, *op. cit.*, p. 22.
[571] En ce sens, P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 248.
[572] En ce sens, v. par ex. CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, 2013, p. 21 ; C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al*., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 95 ; C.. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 599-628.
[573] V. par ex. F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al*., *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 1, 2012, p. 385.

pour qui les actes de droit souple « *ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion* [mais] *ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations* »[574]. Il ajoute qu'« *ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit* »[575]. À cet égard, ils doivent être distingués du droit flou, qui correspond davantage à une spécificité susceptible de concerner, à des degrés divers, l'ensemble du droit entendu comme droit dur et souple[576]. Au contraire, d'autres auteurs insistent sur le critère impératif pour le circonscrire à tous les énoncés normatifs non impératifs, caractérisés par leur flexibilité et leur élasticité. Cet aspect inclut les actes de droit dur que leur souplesse matérielle rend à la fois peu ou pas obligatoires et peu ou pas contraignants. Entrent alors dans le giron du droit souple les règles qui sont souples par leur *instrumentum* et d'autres par leur *negotium*[577].

113. Les limites de l'appréhension du droit souple comme l'envers du droit dur – Dans ces acceptions, le droit souple est le miroir inversé du modèle positiviste et formel de la règle de droit. Il est « *une "chose" qui ressemble au droit, dont on considère qu'il en fait partie, mais sans en être véritablement, car dépourvu de ce qui en serait l'essence même* »[578], le caractère obligatoire et contraignant. Pourtant, le droit dur peut chercher lui aussi à laisser une certaine souplesse à ses destinataires et susciter leur adhésion[579]. I. Hachez propose la notion de « *soft law intra-législatif* » pour désigner les normes formellement contraignantes qui présentent une force normative moindre en raison de l'indétermination de leur contenu[580]. Les lois de programmation en offrent un exemple idoine. La loi de programmation militaire pour 2013 appelle vaguement à ce que la réserve citoyenne « *représente la société française de manière équilibrée et dans toute sa diversité* »[581]. L'un des axes de la stratégie RH définie par la loi de programmation de réforme pour la justice indique que « *l'exemplarité sera recherchée* […]

---

[574] CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 61.
[575] *Ibid.*
[576] *IBID.*, p. 60.
[577] J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1039.
[578] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016, p. 257.
[579] P. DEUMIER, T. REVET, « Sources du droit (Problématique générale) » *in* D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 1432.
[580] I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law", *RIEJ*, n° 2, 2010, p. 51-5, spéc. p. 52.
[581] Annexe, 2.11.2, loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 *relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale*.

dans la reconnaissance de la diversité et la lutte contre les discriminations »[582]. De son côté, le droit souple n'est pas aussi souple que sa dénomination le laisse entendre. Destiné à amener ses destinataires à adopter une conduite donnée, il n'est pas nécessairement dépourvu de tout impératif. En la matière, la menace de la sanction peut même être occasionnellement brandie. Par exemple, le Code de conduite du groupe Sodexo indique faire prévaloir les principes qu'il contient, qui portent notamment sur la diversité, lorsqu'ils sont plus exigeants que la législation locale[583]. De surcroît, il énonce que « *les collaborateurs* [du groupe] *doivent respecter ces principes, et toute personne recrutant des consultants ou autres afin d'agir pour le compte de Sodexo doit prendre des mesures pour s'assurer que ces personnes acceptent de les respecter* »[584], étant entendu que « *le non-respect de la présente déclaration* […] *peut entraîner une mesure disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement* »[585]. Alors que le caractère juridique d'un acte découle traditionnellement de l'instrument qui le porte, le droit souple conduit à les dissocier l'un l'autre dans un tel cas de figure, dès lors que ce document est « *sanctionnable* »[586]. Cette disjonction fait des effets de l'acte un élément important de sa compréhension, qu'une définition en négatif du droit dur ne permet pas de bien saisir[587].

114. Par ailleurs, appréhender le droit souple au regard de la règle de droit est surprenant, dès lors que les usages ou les coutumes n'ont pas un degré de formalisation aussi élevé que la loi et constituent pourtant du droit[588]. En outre, le droit souple n'est pas toujours très formalisé ou s'il l'est, ce peut être dans des formes qui divergent de celles du droit dur[589]. Il n'est pas rare, par exemple, qu'un registre plus pédagogique et explicatif soit employé en matière de diversité, comme le fait le guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire ou la Charte éthique du groupe L'Oréal[590].

---

[582] § 6, rapport annexé, loi nº 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.
[583] V. SODEXO, *Code de conduite. Principes d'intégrité*, 2019, p. 2.
[584] *Ibid*., p. 4.
[585] *Ibid*., p. 3.
[586] E. MAZUYER, « La force normative des instruments de la RSE » *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 587.
[587] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 250.
[588] *Ibid.*.
[589] *Ibid.*
[590] L'OREAL, *Charte éthique. L'éthique au quotidien*, 3e éd., 2014, p. 34 ; CSESS, *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016, Livret 1, p. 9 ; CSESS, *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016, Livret 2, p. 35-40.

Cette dernière énonce clairement les comportements que les collaborateurs doivent adopter et les distingue de ceux dont ils doivent s'abstenir, en les associant à des exemples concrets.

115. En dernière analyse, une lecture du droit souple dans l'ombre du droit dur conduit souvent à assigner au premier des fonctions adossées au second. Il accompagne sa mise en œuvre, il se substitue à lui lorsqu'il est impossible d'y recourir ou prépare son intervention[591]. Sans dénigrer leur utilité, il faut reconnaître qu'elles sont simplificatrices, tributaires du droit dur. En l'espèce, elles semblent imparfaitement saisir les effets des dispositifs relatifs à la diversité considérés, pourtant capitaux pour appréhender leur dimension régulatrice. L'étude ultérieure de ces effets devrait permettre de les mettre en exergue. Pour l'heure, et pour conclure sur ce point, aborder le droit souple au prisme de sa ressemblance/opposition au droit dur donne finalement l'impression de le disqualifier du point de vue juridique[592]. La conception fonctionnelle de la normativité, détachée de la dimension obligatoire et sanctionnée, offre alors des perspectives intéressantes pour s'affranchir de cette limite.

2 – Saisir le droit souple par sa fonction normative

116. Le tracé et la mesure – Devant les difficultés à rendre compte du phénomène du droit souple, C. Thibierge a proposé « *une approche théorique de la norme qui s'appuie moins sur son appartenance à l'ordre juridique, sa formulation prescriptive ou ses caractères obligatoire ou sanctionné, que sur ses fonctions* »[593]. Sous ce rapport, la norme est un « *modèle abstrait pour guider et/ou pour juger* »[594]. Elle a une fonction de « *tracé* » permettant de « *soutenir l'action en elle-même (le tracé lui-même) et de donner une direction vers un but (la finalité du tracé)* »[595]. Elle est « *un modèle pour l'action* »[596]. La norme sert également de « *référence, en ce qu'elle permet de vérifier, de mesurer, d'évaluer, de comparer ce qui a été tracé* »[597]. Elle est « *un modèle pour juger* »[598]. Sous cet éclairage, la règle de droit est à la fois un instrument de tracé et de mesure. Cependant, la règle n'est qu'une norme de droit parmi d'autres[599]. Dans

[591] CE, *Le droit souple*, *op. cit*., p. 86-100. Néanmoins, le CE estime qu'il peut aussi constituer une alternative pérenne au droit dur dans certains domaines. V. *ibid.* p. 100-3.
[592] J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1039.
[593] C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, 2008, p. 341-371.
[594] *Ibid.*
[595] *Ibid.*
[596] *Ibid.*
[597] *Ibid.*
[598] *Ibid.*
[599] *Contra*, la distinction serait en décalage avec le vocabulaire juridique usuel, CE, *Le droit souple*, *op. cit*., p. 64.

d'autres contextes, la fonction de tracé peut être disjointe de celle de la mesure. Il existe par exemple des instruments juridiques de simple tracé, comme les recommandations ou les avis[600]. Ces instruments relèvent d'une « *normativité dialoguée* »[601], d'une technique de « *direction juridique non autoritaire des conduites* »[602], bien plus que d'une « *normativité imposée* »[603].

117. La disjonction du tracé et de la mesure – Pour C. Thibierge, ce qui est normatif se décline ensuite en plusieurs genres et sous-genres : l'obligatoire – ce qui est interdit, prescrit de façon impérative, supplétif ou facultatif – le recommandatoire – qui est incitatif, optatif, consultatif – et enfin le déclaratoire – composé des instruments déclaratoires, proclamatoires et déclamatoires[604]. Ainsi comprise, la norme peut revêtir la forme de commandements aussi bien que de recommandations. Elle peut être normative sans être obligatoire[605]. Quant au critère de la sanction, force est de constater que le choix d'une approche fonctionnelle de la norme sied davantage au réel. En effet, « *c'est parce qu'il existe une règle de droit qu'elle est sanctionnée et non l'inverse* »[606]. De ce fait, « *l'idée de contrainte ne permet pas de rendre compte de l'inflexion de la normativité juridique dans les sociétés contemporaines* »[607]. La sanction ne semble pas le critère du droit, pas davantage que le caractère obligatoire ou contraignant[608]. Et quand bien même la nature, la souplesse et l'absence de sanction inhérentes à la norme souple, ne sont apparemment pas faites pour permettre au juge d'exercer la seconde fonction normative, celle de mesure, la jurisprudence vient relativiser cet *a priori* et ouvrir des perspectives encourageantes[609].

118. La gradation de la norme – Aussi la dualité des fonctions de la norme rend-elle impossible la recherche d'un critère unique de juridicité. Dans un espace caractérisé par

---

[600] C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme […] », *op. cit.*
[601] G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 84-7.
[602] P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 287.
[603] G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *op. cit.*
[604] C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al*., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 156-7 et 161.
[605] I. HACHEZ, « La force normative : fécondité et limites d'un concept émergent » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al*., *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4, 2012, p. 431.
[606] M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », *op. cit.*, p. 8-9.
[607] J. CHEVALLIER, « La normativité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 56-8.
[608] M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », *op. cit.*, p. 8-9.
[609] V. par ex. CA Paris, 19 décembre 2013, n° 12/22644, *A. de C. c. SA Wendel* : *JCP E*, n° 30, 2014, p. 26 com. M. ROUSSILLE à propos de l'interprétation d'une disposition législative au regard de la *soft law*.

« *l'interpénétration des systèmes normatifs* »[610], les frontières entre le droit et le non-droit sont perméables. De la même manière, la délimitation entre le droit dur et le droit souple ne semble pas aussi étanche que le laissent entendre les deux notions. Comme le souligne le Conseil d'État, « *le droit souple est imbriqué avec le droit dur bien plus qu'il ne lui est opposé* »[611]. En conséquence, le droit est moins un état qu'un degré, plus ou moins dur, plus ou moins souple. Il s'insère dans une échelle de normativité, une gradation dont la doctrine a cherché à rendre compte. C. Thibierge identifie l'existence d'une borne de normativité dans un « *droit très dur* », obligatoire et contraignant, constitué de règles prohibitives et prescriptives, de droits indérogeables et intangibles. Un « *droit très souple* », de type déclaratoire et composé d'objectifs et d'orientations en constitue l'autre extrémité. Divers échelons allant d'un « *droit dur* », à « *semi-dur* » et jusqu'à un « *droit souple* », s'étalent entre ces deux extrêmes[612]. Le concept de force normative vient prolonger cette lecture de la normativité. L'auteure décline le pôle de la « *valeur normative* »[613] selon ce qui est obligatoire, recommandatoire, déclaratoire puis inspiratatoire. Le pôle de la « *portée normative* »[614] correspond à la plus ou moins grande effectivité de la norme, allant de l'acceptabilité, à la faiblesse face aux résistances et même jusqu'à l'inexistence lorsqu'elle tombe en désuétude. Le dernier pôle correspond à la « *garantie normative* »[615], soit aux moyens développés par le système juridique pour garantir le respect de la norme. Plus modestement, le Conseil d'État propose une échelle de normativité distinguant le « *droit souple* », de l'« *entre droit souple et droit dur* » et du « *droit dur* »[616].

119. Tracé, mesure, gradation et *continuum* de normativité : l'apport de la fonction de la norme est indiscutable. Avec cette théorie, « *le droit souple* […] *est pris pour ce qu'il est et n'est pas assimilé dans ce contexte au droit dur* »[617]. Ainsi, l'approche fonctionnelle a le mérite de mettre en évidence la profondeur des instruments souples. En l'espèce, ils trouvent dans l'idée de tracé une place à leur juste mesure. Pour illustrer, le guide sur la mesure de la diversité édité par le Défenseur des droits et la Commission nationale de l'informatique et des libertés

---

610 J. CHEVALLIER, « Introduction » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al.*, *Les sources du droit revisitées […]*, *op. cit.*, p. 709.
611 CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 72.
612 C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 599-628.
613 C. THIBIERGE, « Conclusion » *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 825.
614 *Ibid.*
615 *Ibid.*, p. 823-4. Sur cette notion v. C. THIBIERGE, *La garantie normative : exploration d'une notion*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & martin, 2021.
616 CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, 2013, p. 69.
617 M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 285.

(CNIL) se donne pour objet d'indiquer « *à droit constant, les procédures à suivre pour établir des indicateurs de mesure fiables, pour permettre aux acteurs de l'emploi d'agir pour l'égalité dans la sécurité du droit, et le respect des données personnelles* »[618]. Dans le même ordre d'idées, le texte introductif de la Charte de la diversité explique que ce document « *guide les organisations pour déployer des actions concrètes et progresser par des pratiques innovantes* »[619].

120. Les limites de l'approche fonctionnelle du droit souple – Toutefois, si cette lecture fonctionnelle renforce la dimension normative des instruments souples, elle présente aussi quelques difficultés d'ordre conceptuel. Moins orientée vers la pratique et plus théorique, elle ne permet pas non plus de saisir les effets qui participent des fondements de la logique régulatrice à laquelle concourent les instruments considérés. De manière générale, la fonction normative ne résout pas la question de la nature juridique de la norme, qui demeure. Sa reconnaissance par le juge pourrait confirmer sa juridicité, mais la présence de ce type de norme dans les prétoires est encore assez rare. À cela s'ajoute la difficulté de classer les actes souples dans un registre du normatif ou sur une échelle de normativité. C. Thibierge ne l'ignore pas lorsqu'elle interroge par exemple la valeur obligatoire des normes incitatives qui jalonnent le droit fiscal[620]. Or, catégoriser certains instruments portant sur la diversité offre prise à ce type de flottement. Sans compter que les différentes dispositions d'un même appareil peuvent chacune se rapporter à un registre ou à une gradation différente. Par exemple, le registre normatif de la Charte de la diversité est plutôt déclaratoire. Pourtant, sa visée incitative ne doit pas être occultée, en particulier concernant les deux premiers points qui s'articulent étroitement avec le principe de non-discrimination[621]. Et si ce texte semble avoir la valeur normative d'un droit très souple, qu'en est-il lorsqu'il y est expressément fait référence dans le code de conduite d'une société qui « *attend de ses collaborateurs qu'ils agissent* […] *dans le strict respect de ce cadre* [celui de la Charte] »[622] ou lorsqu'un salarié est sanctionné pour ses « *propos racistes,*

---

[618] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances : Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012, p. 3.
[619] Préambule, Charte de la diversité, 2018.
[620] C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al*., *Le droit souple*, *op. cit*., p. 156.
[621] « *Sensibiliser et former nos dirigeants et managers impliqués dans le recrutement, la formation et la gestion des carrières, puis progressivement l'ensemble des collaborateurs, aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité* » ; « *Promouvoir l'application du principe de non-discrimination sous toutes ses formes dans tous les actes de management et de décision de l'entreprise ou de l'organisation, et en particulier dans toutes les étapes de la gestion des ressources humaines* ».
[622] V. par ex. LVMH, *Code de conduite*, 2017, p. 9. Dans son code de conduite, LVMH renvoie à la Charte de la diversité à la p. 17.

violents et répétés violents [sic.] *la charte de la diversité à laquelle adhère l'entreprise* »[623] ? Dans ce cas, faut-il considérer que la valeur normative de la Charte se densifie au sein de la structure ? Ou est-ce seulement sa portée qui est renforcée ? De même, que déduire de l'appréciation par le juge de l'obligation de sécurité de l'employeur au regard notamment de la Charte de la diversité qu'il a signée[624] ? La nature souple de ces instruments paraît conditionner la force normative que leur attache une taxinomie à un moindre niveau[625]. Un classement *ex ante* semble impuissant à rendre pleinement compte de l'étendue de l'interaction des instruments relatifs à la diversité avec le réel, qui est au cœur de leur rationalité régulatrice. Qui plus est, l'exercice peut être discuté, dès lors qu'il suppose de morceler des instruments sans doute pensés comme un tout[626]. L'instrument souple intègre aussi des considérations économiques, politiques et techniques. Vouloir isoler sa seule composante juridique expose à sa dénaturation[627]. L'hétérogénéité de ces documents rend l'appréhension de leur force normative complexe et finalement assez théorique.

121. Pour autant, l'apport de ces outils conceptuels n'est pas négligeable. Ils permettent au droit souple d'intégrer de manière autonome le cadre conceptuel de la normativité. D'ailleurs, ils peuvent parfaitement s'articuler avec une lecture du droit souple au prisme de ses effets cette fois. Comme l'écrit I. Hachez, si les normes souples « *présentent une certaine densité normative, c'est avant tout à leur effectivité, voire à leur efficacité, qu'elles la doivent, ou, autrement dit, à leur portée normative plus ou moins affirmée* »[628]. Or, l'effectivité des instruments souples relatifs à la diversité est justement un des effets du droit souple sur lequel des développements seront consacrés *infra*. Pour l'heure, c'est au cadre théorique de ces effets qu'il faut s'intéresser.

B – Un droit souple caractérisé par ses effets

122. Position du problème – Plan – Déterminer le droit souple par ses effets permet d'envisager sous l'angle du droit les documents qui par nature ne se rattachent pas à une source formelle du droit, telle que la loi, le règlement ou le contrat. Cette conception est guidée par

[623] CA Orléans, 8 avril 2014, nº 13/03147.
[624] V. par ex. CA Paris, 3 mars 2020, nº 19/03159.
[625] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 288.
[626] En ce sens *ibid*.
[627] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 250.
[628] I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law", *RIEJ*, nº 2, 2010, p. 43.

une approche pragmatique : ce sont les effets qu'ils produisent qui déterminent leur normativité souple[629]. À cet égard, la démarche se rattache au pôle réaliste d'analyse du droit, puisque le caractère normatif ou non d'un acte est déterminé par sa confrontation « *à la réalité sociale, au monde dans lequel et sur lequel il doit agir* »[630].

123. Avant de s'intéresser aux effets des instruments souples portant sur la diversité à proprement dit, cette notion d'effets du droit souple doit être précisée (1) et ses modalités d'identification établies (2).

1 – La notion d'effet du droit souple

124. Le point de départ de la réflexion : les effets du droit souple dans la jurisprudence du Conseil d'État – L'idée que le droit souple désigne un droit non contraignant qui le distingue du droit dur, mais qu'il est susceptible de produire un effet qui le distingue du non-droit fait l'objet d'un assentiment assez large[631]. Pour J. Cazala, c'est même « *à raison de ses effets que la catégorie* [droit souple] *existe* »[632]. Dans son étude annuelle sur le droit souple, le Conseil d'État rappelait que « *l'absence d'obligation n'implique pas l'absence de tout effet de droit* »[633]. Cette conception du droit souple a depuis reçu l'onction du juge administratif, l'aptitude à déployer des effets notables étant devenue « *le nouveau "sésame contentieux"*[634] »[635] du recours pour excès de pouvoir avec les décisions *Fairvesta-Numéricable*, *Le Pen* et *GISTI*. Dans les décisions *Fairvesta* et *Numéricable*, le Conseil d'État a considéré en 2016 que « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir* […] *lorsqu'ils sont 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* »[636]. Si le critère

---

[629] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 252.
[630] C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, n° 1, 1998, p. 116.
[631] V. P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 248.
[632] J. CAZALA, « Le *soft law* international : entre inspiration et aspiration » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al*., *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 1, 2012, p. 21.
[633] CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 62.
[634] C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un "sésame contentieux" », *RFDA*, n° 5, 2008, p. 941-50.
[635] F. MELLERAY, « Les documents de portée générale de l'administration », *RFDA*, n° 5, 2020, p. 785-806.
[636] CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368083, 368084, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable* : *DA*, n° 4, 2016, p. 29 note S. VON COESTER, V. DAUMAS ; *Dsoc.*, n° 6, 2016. p. 32 note R. VABRES ; *GP*, n° 18, 2016, p. 20 note A. TAIBI *;* *GP*, n° 22, 2016, p. 27 chron. B. SEILLER ; *JCP G*, n° 22,

du droit souple semblait reposer sur un critère organique ou matériel, l'assemblée du contentieux a jugé trois ans plus tard à propos de l'appréciation portée par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) sur la situation fiscale de Mme Le Pen que « *cette prise de position d'une autorité administrative* […] *est de nature à produire* […] *des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles d'avoir une influence sur le comportement des personnes, et notamment des électeurs, auxquelles elle s'adresse. Dans ces conditions, une telle prise de position doit être regardée comme faisant grief* »[637]. La récente décision GISTI emprunte aux solutions précédentes cette notion d'effets notables pour faire entrer dans le champ de compétence du juge de l'excès de pouvoir de nouveaux documents non décisoires. Ainsi, « *les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre* »[638]. Si cette solution soulève un certain nombre d'interrogations soulignées par la doctrine, notamment quant à l'articulation de ces jurisprudences[639], il est désormais admis qu'un document administratif peut être déféré devant le juge de l'excès de pouvoir à partir des effets notables qu'il (a) produit(s).

125. Néanmoins, une difficulté existe pour cerner ces effets. Les arrêts *Fairvesta-Numéricable* fournissent une première indication en précisant qu'ils peuvent être « *notamment de nature économique* »[640], mais semblent les distinguer des cas où les actes « *ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils*

2016, p. 1073 note T. PERROUD ; *RDBF*, n° 3, 2016, p. 48 note N. MATHEY ; *ibid.* p. 76 note P. PAILLER ; *RLC*, n° 50, 2016, p. 23, note P. IDOUX ; *RGD*, n° 23904, 2016 note D. GIRARD ; *RTD Com*, n° 2, 2016, p. 298 note N. RONTCHEVSKY. Pour un aperçu historique, v. B. LAVERGNE, « Le droit souple devant le juge administratif français » *in* T. HOCHMANN, D. JOUVE, P. PAILLER (dir.), *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, Reims, Epure, 2017, p. 25-44.

[637] CE, ass., 19 juillet 2019, n° 426389, *Le Pen*, spéc. § 4 : *AJDA*, n° 31, 2019, p. 1994 com. C. MALVERTI, C. BEAUFILS ; *DA*, n° 12, 2019, p. 33 com. J. –S. BODA, B. POUYAU.

[638] CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*, spéc. cons. n° 1 : AJDA, n° 25, 2020, p. 1407 com. C. MALVERTI, C. BEAUFILS ; *LPA*, n° 7, p. 6 com. M. –C. ROUAULT ; *RFDA*, n° 5, 2020, p. 801 com. F. MELLERAY.

[639] Suivant les indications données par le rapporteur public, F. Melleray présume que le champ d'application des décisions *Fairvesta-Numéricable-Le Pen* concernerait tant les actes de portée individuelle que ceux de portée générale émis à destination des tiers, alors que la jurisprudence *Gisti* ne s'appliquerait qu'aux documents de portée générale définis par l'administration pour son propre usage. V. F. MELLERAY, « Les documents de portée générale de l'administration », *RFDA*, n° 5, 2020, p. 785-806.

[640] CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368083, 368084, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*, cons. n° 4.

s'adressent »[641]. Si la décision *Le Pen* apporte une précision supplémentaire quant à la nature de ces effets, le Conseil d'État semble aussi inviter à les lire avec le critère de l'influence : « *cette prise de position* […] *est de nature à produire* […] *des effets notables, notamment en termes de réputation, qui au demeurant sont susceptibles d'avoir une influence sur le comportement des personnes* »[642]. L'arrêt souligne également qu'« *alors même qu'elle est dépourvue d'effets juridiques, cette prise de position* […] *est de nature à produire* […] *des effets notables* »[643]. À suivre la rapporteure publique sur cette affaire, cela signifie simplement que ce type d'acte « *ne répond pas, matériellement, à la définition traditionnelle de la décision faisant grief en ce qu'il ne crée par lui-même pas de droit ou d'obligation, autrement dit qu'il ne modifie en rien l'ordonnancement juridique* »[644]. À défaut, ils seraient du droit dur et la question de leurs effets ne se poserait pas pour les déférer au juge de l'excès de pouvoir. Quant à la décision GISTI, elle indique que ces documents sont de ceux qui sont « *susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes* »[645]. Si ces précisions jurisprudentielles fournissent un premier aperçu des effets du droit souple, elles n'apparaissent pas totalement satisfaisantes pour identifier les effets attachés aux documents relatifs à la diversité. Certes, la détermination de critères contentieux est nécessaire pour encadrer l'ouverture du recours pour excès de pouvoir tout en faisant en sorte que l'action administrative n'échappe pas au juge. Cependant, l'application d'un tel cadre en l'espèce restreindrait la portée de ces documents, de sorte que les lignes jurisprudentielles du Conseil d'État ne paraissent qu'imparfaitement à même de rendre compte de leurs effets. En outre, ces actes ne relèvent pas tous du champ du droit public, il s'agit même le plus souvent d'une documentation émise par et destinée à des personnes privées. Par conséquent, les effets du droit souple seront entendus plus largement ici. Ceci étant, la dénomination « document » employée dans la décision GISTI semble parfaitement rendre compte de l'hétérogénéité formelle des sources considérées. Elle a également pour avantage de donner la primeur à l'appréhension du droit souple par ses effets. Le fond l'emporte sur la forme, la nature exacte de l'acte étant secondaire. À l'instar d'autres

[641] *Ibid.*
[642] CE, ass., 19 juillet 2019, n° 426389, *Le Pen*, spéc. § 4.
[643] *Ibid.* § 4.
[644] A. ILJIC, « Actes de droit souple : les appréciations de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique », *RFDA*, n° 5, 2019, p. 851-60.
[645] CE, Sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*, § 1.

pans contentieux, comme le référé liberté ou la responsabilité administrative, seuls les effets importent[646].

126. L'approche des effets retenue – La démarche d'appréhension des effets des documents portant sur la diversité s'inscrit dans le sillage des travaux de la doctrine, en particulier de S. Gerry-Vernières[647] et P. Deumier, notamment dans une contribution à l'étude annuelle du Conseil d'État sur le droit souple[648]. Elle a été appliquée de manière convaincante par M. Larouer pour appréhender les codes de conduite des entreprises comme source du droit[649]. Avec cette dernière, il faut retenir le sens commun du mot effet, c'est-à-dire « *ce qui est produit par une cause* », l'idée d'un « *acte effectif* », d'une « *impression produite sur quelqu'un, par quelque chose ou par quelqu'un* » qui fait référence à l'« *action* », à l'« *empire* »[650]. Envisagés sous l'angle juridique, c'est-à-dire littéralement dans leur rapport au droit, « *ces différentes acceptions renvoient à ce qui influence, ce qui guide, voire dans un degré plus élevé, à la direction des comportements* »[651]. En un mot, « *dire qu'un acte produit des effets* […] *signifie que son insertion dans le système juridique a vocation à influencer les acteurs* »[652]. Cet effet ne se réduit donc pas à un effet contraignant[653]. Il confirme l'idée, déjà exprimée dans les concepts de « *force normative* » et de « *densification normative* »[654], que la contrainte « *n'est pas essentielle au point d'être le critère du droit* »[655]. Cet effet ne se résume pas non plus à l'effectivité de l'acte qui le produit[656]. À vrai dire, si l'effectivité renvoie de manière générale au « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »[657], les effets considérés apparaissent plus ouverts. Par suite, l'effectivité ne sera qu'un « *type particulier d'effet du droit* »[658] souple, ce qui signifie qu'il peut produire des effets sans pour

---

[646] X. Dupré de Boulois *in* O. MAMOUDY, S. SLAMA (dir.), L'arrêt du 12 juin 2020 : un « grand » arrêt GISTI ?, CRJ, 2021, à partir de 47min30.
[647] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit […]*, *op. cit.*, not. p. 157 et suiv.
[648] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 247-55. V. aussi par ex. P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme » *in* L. BOY, J. –B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 671-95.
[649] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 297 et suiv.
[650] *Ibid.*, p. 299.
[651] *Ibid.*, p. 299.
[652] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit […]*, *op. cit.*, p. 139.
[653] *Ibid.*, p. 139-50.
[654] C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009 ; C. THIBIERGE, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare et Martin, 2013.
[655] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit […]*, *op. cit.*, p. 146.
[656] *Ibid.*, p. 151.
[657] P. LASCOUMES, « Effectivité » *in* A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 217.
[658] C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit […] », *op. cit.*, p. 129.

autant être effectif[659]. À tout prendre, s'attacher aux effets d'un document souple « *signifie que son insertion dans le système juridique n'est pas neutre* »[660]. Il « *influence, façonne, dessine des comportements* »[661]. Il constitue une « *orientation des comportements ou un modèle pour l'action et le jugement* »[662]. Il se déploie « *au contentieux ou en dehors du contentieux, par son aptitude à agir sur les prétoires et sur les pratiques* »[663]. Cette orientation des comportements est obtenue de différentes façons, « *selon le registre d'action utilisé par la norme souple (programmatoire, indicatif, incitatif, proposé, accepté, engagé, recommandé, fortement recommandé) ; selon le ressort sur lequel s'appuie l'orientation (désapprobation, adhésion, incitation, pédagogie, confiance, obéissance) ; selon la forme de la réception par le droit dur (délégation, homologation, habilitation, sanction) ; selon la fonction assurée par cet effet (définition, suppléance, adaptation, coordination, correction, coopération, régulation)* »[664]. De ce point de vue, les catégories pour caractériser cette orientation sont assez identifiables et ont déjà été présentées plus haut. En revanche, la difficulté d'apprécier les effets réellement produits par un document souple est réelle.

127. La délicate appréciation des effets d'un document souple – P. Deumier souligne la difficulté de discerner l'effet propre d'un document souple, tant celui-ci est susceptible d'être produit en relation plus ou moins directe avec le système juridique formel[665]. À cet égard, il est souvent délicat « *d'isoler l'effet de la force matérielle et celui de la source formelle, celui du standard et celui de la prescription* »[666]. Pour l'auteure, le droit souple est généralement associé à un effet réel, c'est-à-dire que le comportement recherché est obtenu sans passer par la menace ou la contrainte, mais plutôt « *par des phénomènes d'imitation, de suivisme, de recherche d'un intérêt économique, de confiance dans une proposition savante, de crainte pour la réputation, d'insertion dans un groupe, d'image de marque, de respect d'une autorité morale ou d'une expertise, de vigilance à l'égard d'une surveillance assurée par les autres membres du groupe, les cabinets d'audit, les actionnaires, les ONG, etc.* »[667]. Outre que cet effet est bien souvent plus théorique que démontré, il suppose d'être distingué d'autres influences normatives,

---

[659] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit […]*, *op. cit.*, p. 151.
[660] *Ibid.*, p. 139.
[661] *Ibid.*, p. 171.
[662] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 252.
[663] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit […]*, *op. cit.*, p. 157.
[664] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 252.
[665] Sauf mention contraire, les lignes qui suivent s'inspirent des remarques de *ibid.*, p. 252-4.
[666] *Ibid.*, p. 253.
[667] *Ibid.*, p. 252.

notamment celle du droit dur[668]. Le droit souple peut s'articuler diversement avec le système juridique : il peut servir de préparation au droit dur, être homologué ou organisé par celui-ci, être pris en compte par le juge pour apprécier un cas d'espèce au regard de la norme dure ou bien lui-même être reconnu comme telle de manière prétorienne[669] ; sans compter tous les cas de figure où un instrument souple est pris en considération, sans pour autant être consacré, sanctionné ou rejeté. En somme, l'effet du droit souple sur la conduite des destinataires est puisé dans son autorité, dans la façon dont il s'insère dans l'ordonnancement juridique et dans les arguments qui l'entourent. Pour P. Deumier, « *ce poids, sur le comportement des destinataires comme sur le jugement du juge, qu'il joue comme élément de persuasion, d'appréciation ou de sanction, est toujours sujet à variation, et c'est cette variation qu'il faut chercher à saisir pour tenter de mesurer la liberté de comportement réellement laissée au destinataire par la norme souple* »[670]. Reste à savoir comment déterminer ces effets.

2 – La détermination des effets du droit souple

128. Les indices pour déterminer les effets du droit souple – Traditionnellement, les effets d'une norme juridique sont prédéterminés selon l'auteur et la forme de l'acte[671]. À défaut d'un tel caractère, ceux du droit souple ne peuvent être appréciés qu'*a posteriori*, au regard d'un faisceau d'indices de leur autorité[672]. La méthode est proposée par P. Deumier dans l'étude annuelle du Conseil d'État et trouve une illustration dans son application aux codes de conduites par M. Larouer. Les deux auteures invitent à apprécier des indices, disposition par disposition, dont la combinaison permet de discerner « *le potentiel d'effet juridique* »[673] de l'acte. C'est cette formule qu'il est proposé de décliner aux instruments relatifs à la diversité.

129. L'indice de l'auteur – Il est généralement attaché une moindre importance « *à l'auteur* [d'un document souple] *et à son autorité ou à sa légitimité, au contraire des sources formelles, qui, dans les ordres juridiques modernes, tirent une grande partie de leur force et de leur validité du lien intime qui les unit à l'institution qui les édicte, comme l'indique bien le sens du*

[668] C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *op. cit*., p. 93-113. V. ég. *infra* § 149.
[669] CE, sect., 13 juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez*.
[670] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit*., p. 254.
[671] *Ibid.*
[672] *Ibid.*
[673] *Ibid.*

mot "source" »[674]. Ainsi, le degré de légitimité modeste de son auteur se répercute en quelque sorte sur la norme, conduisant à la déconsidérer sous l'angle du juridique. La section du rapport et des études du Conseil d'État, par exemple, n'a pas retenu l'indice de l'auteur de l'acte parmi les critères d'identification du droit souple dans le rapport de 2013, au contraire du juge du recours pour excès de pouvoir qui se réfère aux autorités administratives et aux autorités publiques[675]. Or, ces autorités disposent déjà, selon les cas, d'importants pouvoirs de décision, de réglementation et de sanction et jouissent d'une forte légitimité en tant que régulateur d'un secteur.

130. Pourtant, l'auteur de l'acte a une incidence sur son autorité, avec une influence variable. C'est pourquoi il convient d'apprécier s'il s'agit d'une entité « *publique ou privée, politique ou experte, une association professionnelle, une autorité de régulation, une communauté savante* »[676]. Cet aspect est d'autant plus important en l'espèce que les démarches sur la diversité s'inscrivent dans un contexte pluriel, marqué par des acteurs hétéroclites et par le multilatéralisme des actions. Le fait que l'auteur dispose d'une compétence pour édicter une norme dure ou non, qu'il occupe une position de monopole ou non, qu'il détienne un pouvoir de sanction et de décision à l'égard des destinataires ou non, doit également être considéré[677]. En tant que principales organisations patronales et de lobbying, l'Association française des entreprises privées (AFEP) et le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) semblent peser de tout leur poids lorsqu'ils établissent un code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées comportant des dispositions sur la diversité par exemple[678].

131. De manière générale, des effets pourront aussi être recherchés dans l'environnement juridique, social et économique de l'auteur du document relatif à la diversité. Il s'agit d'éléments variables en fonction des possibilités de l'appuyer sur la démonstration de son effectivité ou bien sur l'existence d'un engagement unilatéral ou contractuel[679]. À cet égard, il

---

[674] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al*., *Les sources du droit revisitées, Normativités concurrentes*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 3, 2012, p. 208.

[675] CE, ass., 19 juillet 2019, n° 426389, *Le Pen*, § 4 ; CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*, § 1. Bien que les premières semblent se superposer aux secondes, mais sans certitude. V. sur ce point F. MELLERAY, « Les documents de portée générale de l'administration », *RFDA*, n° 5, 2020, p. 785-806.

[676] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 254.

[677] *Ibid.*

[678] En ce sens, Y. PACLOT, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *RdS*, n° 7-8, 2011, p. 395-403.

[679] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 254-5. V. *infra* § 140 et suiv.

convient d'insister avec E. Mazuyer sur « *l'intention normative* »[680] de l'entité à l'origine de l'acte. Dès lors que l'auteur « *ambitionne de créer des normes de conduite, d'inciter des comportements, qu'ils soient déjà effectifs* […] *ou prospectifs* », il manifeste une volonté normative qui doit être prise en compte pour apprécier les effets de l'acte adopté[681]. Cette intention pourra être recherchée dans la signature de la Charte de la diversité, dans la contractualisation de la labellisation diversité avec l'association française de normalisation (AFNOR) ou encore dans les dispositions d'un code de conduite par exemple[682]. Cette volonté amène logiquement à considérer les destinataires de l'instrument souple.

132. L'indice des destinataires – Sur ce point, deux éléments sont à apprécier pour évaluer les effets d'un acte : la nature et l'attitude des destinataires[683]. Concernant la nature, il faut distinguer selon que l'auteur de l'acte en est le destinataire ou non et si oui, s'il en est l'unique. Lorsqu'il a une origine extérieure à son destinataire, ses effets se déploient notamment à partir de la puissance de l'émetteur (économique, hiérarchique, etc.) ou de sa légitimité. Sous ce rapport, la norme est imprégnée d'une certaine force, ses destinataires la perçoivent comme étant impérative, ils se sentent liés[684]. Le Label diversité par exemple, puise sa légitimité dans le procédé multilatéral et sectoriel qui a présidé à son adoption en associant notamment les pouvoirs publics et l'AFNOR à des organisations représentatives de la direction des ressources humaines[685]. La situation sera différente dans l'hypothèse d'un code de conduite privé, où c'est essentiellement la puissance économique et hiérarchique de l'employeur qui est à considérer. Dans le cas où l'émetteur est aussi le destinataire de l'acte, l'effet est conditionné à la force normative de l'énoncé et aux attentes qu'il aura éventuellement fait naître chez autrui[686]. Ici, l'emploi du présent de l'indicatif, comme le fait le groupe L'Oréal, signale un engagement que l'entreprise invite explicitement à faire connaître à ses parties prenantes, même si la teneur générale du discours reste assez lâche : « *Nous devons : Soutenir et promouvoir l'engagement de L'ORÉAL en matière de diversité notamment dans ses politiques Ressources Humaines, Marketing, Achats et Contribution aux Communautés ; Nous assurer que nos fournisseurs,*

---

[680] E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise » *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 585.
[681] *Ibid.*, p. 585-6.
[682] V. par ex. SODEXO, *Code de conduite. Principes d'intégrité*, 2019, p. 2 : « *Sodexo s'engage à lutter contre toute discrimination en matière d'emploi, et à promouvoir la diversité et l'inclusion dans le respect des lois locales* ».
[683] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 306.
[684] E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité », *op. cit.*, p. 586.
[685] V. *infra* § 218 et suiv.
[686] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 255.

clients et partenaires commerciaux connaissent la politique de L'ORÉAL en matière de diversité »[687].

133. S'agissant de l'attitude du destinataire et des modalités par lesquelles il va réceptionner l'acte, la question est de savoir si son adhésion à la norme – avérée ou présumée – et son engagement à s'y conformer sont recherchés[688]. Les modalités d'accompagnement de suivi et de contrôle dans l'adhésion à laquelle il est attendu sont déterminantes sous ce rapport[689]. Ces aspects sont susceptibles de varier du néant à la sanction (par l'exclusion par exemple). À cet égard, si le Label diversité fait l'objet d'un audit de suivi à mi-mandat, la Charte de la diversité ne donne lieu qu'à une communication biennale qui est peu suivie par les signataires[690]. Dans certains cas, l'attitude du destinataire sert à mesurer la non-application de l'acte, par exemple lorsqu'il doit justifier des raisons pour lesquelles il ne suit pas la norme : c'est la pratique du *comply or explain*. Néanmoins, il n'est pas inconcevable qu'un document souple puisse produire des effets en dehors de tout engagement formel ou de toute explication, ce qui implique que les destinataires en aient connaissance[691]. Des mécanismes de diffusion peuvent en assurer la publicité, mais la connaissance de l'acte peut aussi être présumée, dès lors que « *plus une norme souple est largement suivie dans un groupe, plus elle peut être présumée connue* »[692]. De ce point de vue, le paradigme de la diversité a été intégré au volet social de la RSO dès le début des années 2000[693]. À ce titre, les démarches qui s'en imprègnent bénéficient d'une sorte de présomption de connaissance, au moins dans les structures de taille moyenne à importante, d'autant qu'elles sont l'objet de pressions juridiques toujours plus fortes dans certaines entreprises[694]. Cet aspect renvoie plus largement à la question de l'étendue des destinataires[695]. Les effets d'un instrument pourront varier selon qu'il s'adresse indifféremment à diverses entités de même nature, à une structure en particulier, à un secteur dans son ensemble, à des destinataires titulaires d'un pouvoir (notamment économique), etc. Enfin, et cela n'est pas surprenant dans le champ juridique, il est lié à la forme et au contenu matériel de l'acte.

---

[687] L'OREAL, *Charte éthique. L'éthique au quotidien*, 3e éd., 2014, p. 34.
[688] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 255.
[689] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 306.
[690] Art. 4.1, AFNOR, *Label diversité. Conditions générales labellisation*, 2012, v. 2, p. 3 ; OBEA, *Bilan diversité 2019. Enquête auprès des signataires de la Charte de la Diversité*, 2019, p. 2 (environ 30% des signataires ont répondu en 2019).
[691] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 255.
[692] *Ibid.*
[693] OBEA, *Bilan diversité 2019*, *op. cit.*, p. 6-9, spéc. 7.
[694] V. *infra* § 225 et suiv.
[695] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 307.

134. L'indice de la forme et du contenu – Les documents portant sur la diversité demeurent très hétérogènes, difficiles à circonscrire avec une précision et une rigueur indiscutables. Par conséquent, leur appellation, couplée aux indices de l'émetteur et du destinataire, peut être intéressante à exploiter, mais elle est insuffisante pour saisir pleinement leurs effets. Et pour cause, le droit souple a ceci de particulier qu'« *au sein de chaque catégorie cohabitent des outils de même qualification et de portées pourtant très inégales* »[696]. L'exemple topique est celui des circulaires[697]. Ainsi, la forme « *n'est qu'un* […] *des éléments à mettre en balance dans le faisceau de normativité* »[698], à l'instar du contenu.

135. Sous le prisme kelsénien de la règle de droit, à défaut d'imposer un certain comportement, de présenter un degré obligatoire et contraignant suffisant, les énoncés souples ne seraient pas normatifs. La réalité juridique est plus nuancée : « *ce n'est pas parce qu'une norme présente un faible degré de contrainte qu'elle n'est pas pour autant normative, c'est-à-dire qu'elle permet, interdit, rend obligatoire ou habilite un certain comportement* »[699]. La détermination des effets d'un acte conduit à analyser son contenu pour apprécier le degré de prescription de son énoncé et ainsi d'évaluer la portée qu'a souhaité exercer son auteur sur ses destinataires[700]. Pour ce faire, le choix des verbes employés est important, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans la décision *Avenir de l'école*[701]. Le verbe « devoir » – « *l'Organisme doit : - formaliser une politique* […] *diversité* »[702] – n'a pas la même portée normative qu'« encourager » – « *Nous encourageons la diversité* »[703]. Cependant, le choix du verbe n'est pas toujours un indicateur fiable de l'intention manifestée par l'émetteur de la disposition considérée[704]. Il faut donc examiner la précision de l'énoncé pour déterminer s'il suggère une prescription ou s'il fait état d'une simple évidence ou d'un souhait, s'il dépasse le

---

[696] C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 599-628.
[697] V. not. CE, ass., 29 janvier 1954, n° 7134, *Notre-Dame du Kreisker* ; CE, sect., 18 décembre 2002, n° 233618, *Duvignères* ; CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*.
[698] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 255.
[699] X. MAGNON, « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 957.
[700] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 307-8.
[701] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 255 ; Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. n° 8 et suiv.
[702] SANOFI, *Code d'éthique. Notre engagement à agir avec intégrité*, 2019, p. 16.
[703] AFNOR, *« 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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 7. Les cahiers des charges applicables aux organismes privés dont l'effectif est inférieur, égal ou supérieur à 50 salariés et celui applicable dans le secteur public sont la plupart du temps identiques. Par commodité, et sauf mention contraire, il sera le plus souvent uniquement fait référence au cahier des charges applicable aux organismes privés dont l'effectif est égal ou supérieur à 50 salariés.
[704] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 308.

droit positif ou s'il s'en tient à une reformulation pratique ou didactique[705]. Néanmoins, là encore, les apparences peuvent être trompeuses. À propos des codes de conduite, P. Deumier souligne ainsi que « *ce qui peut paraître en interne comme une déclaration de politique générale un peu creuse prend une dimension prescriptive directement effective dans l'ordre des activités transnationales* »[706]. Il s'agira alors de replacer le dispositif dans son contexte.

136. La conjonction des indices de l'auteur, des destinataires, de la forme et du contenu d'un acte souple constitue un faisceau d'indices intéressant pour en appréhender les effets. Appliquée aux documents relatifs à la diversité, elle permet d'en dégager les principaux effets.

§ 2 – Les principaux effets des instruments souples relatifs à la diversité

137. Position du problème – Plan – La production d'effets par les instruments portant sur la diversité est la condition déterminante de leur rattachement au droit souple, caractéristique cardinale d'un droit de régulation. Il a été dit que ces effets ne se réduisaient pas à un effet contraignant, qu'ils englobent puisqu'à la faveur du droit dur une norme souple peut avoir une « *juridicité dite "dérivée"* »[707]. En outre, ils se croisent et se cumulent dans l'ordre empirique. Nonobstant ces précisions, ces effets permettent de rattacher tout ou partie de l'acte au droit souple. Dans le même temps, cette appréhension par les effets met davantage en exergue le pragmatisme et la souplesse qui en font l'intérêt pour un droit de la régulation que ne l'aurait fait une définition formelle du droit souple en opposition à la *hard law*.

138. Lorsqu'il est question d'effets du droit souple, la première idée qui vient à l'esprit concerne « *l'ensemble* [de ses] *répercussions* […] *sur la réalité* »[708]. Pour S. Gerry-Vernières, l'effet est ce qui « *va jouer sur l'action des acteurs* »[709] en orientant ou en modifiant les comportements. Son effectivité permet d'apprécier sa fonction de tracé, mais aussi sa légitimité, car c'est un droit fondé sur l'adhésion de ses destinataires[710]. Si de manière générale les effets

---

[705] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 255.
[706] P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 691. V. par ex. SODEXO, *Code de conduite. Principes d'intégrité*, 2019, p. 2.
[707] M. LAROUER, « La manifestation des mécanismes incitatifs dans le droit français de la compliance » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 104.
[708] C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit […] », *op. cit.*, p. 118.
[709] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit […],op. cit.*, p. 150.
[710] V. par ex. J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 834 ; I. HACHEZ, « Le soft law : qui trop embrasse mal étreint ? » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al.*, *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4,

du droit ne se réduisent pas à l'effectivité – le droit dur n'a pas à être effectif pour être du droit[711] – la doctrine lui accorde une place particulière au sein de la théorie du droit souple[712]. Cet effet sur le réel (A) résulte de l'incidence de l'imitation, du suivisme, de la recherche d'une plus-value économique ou, au contraire, de la crainte, de l'appartenance à un groupe, d'une image de marque, du respect d'une autorité, de pressions[713].

139. Cependant, comme l'ont montré la section du rapport et des études du Conseil d'État et M. Larouer, les effets des instruments souples ne se limitent pas à l'effectivité. Au contraire, ils constituent un réceptacle accueillant pour d'autres effets, situés hors du réel[714]. Certains se produisent en interaction avec le système juridique et tiennent donc moins au droit souple par lui-même qu'à sa rencontre avec le droit dur. Ces effets seront approfondis lors de l'étude de la cohabitation entre le droit de la régulation relatif à la diversité et le droit de la non-discrimination[715]. Pour l'heure, il faut s'attacher à l'effet normatif emprunté au droit dur (B).

A – Les effets sur le réel

140. Position du problème – Plan – De manière générale, est « *effectif ce qui produit un effet sur le réel* »[716]. Par suite, un droit effectif signifie que « *la règle* [est] *utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique* »[717]. À ce titre, ils pourront se conformer à la prescription d'un comportement ou faire usage des facultés mises à leur disposition par un acte[718]. Sous ce rapport, le droit souple semble particulièrement bien taillé pour être effectif : formulé en termes d'objectifs, de directives, de recommandations, il mise sur la dissuasion et la persuasion plutôt que sur la répression. En effet, « *pour être effectif, nul n'est besoin d'être juridiquement obligatoire ; il suffit d'être suivi* »[719]. Pour le Conseil d'État,

---

2012, p. 544 ; P. DEUMIER, « La pratique et les sources du droit » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al*., *Les sources du droit revisitées, Normativités concurrentes*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 3, 2012, p. 416.

[711] Elle est néanmoins prise en compte dans le souci d'améliorer la loi.

[712] V. par ex. C. THIBIERGE, « Conclusion » *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative […]*, *op. cit.*, p. 822.

[713] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 252.

[714] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit, op. cit.*, p. 310.

[715] V. *infra* § 263 et suiv.

[716] C. FERCOT, « Soft law, droits de l'homme et effectivité » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux,* Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 56.

[717] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 330. Néanmoins, pour une approche plus large de l'effectivité, v. Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, nº 79, 2011, p. 715-32.

[718] C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit […] », *op. cit.*, p. 128.

[719] P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 674.

« *le droit souple atteint son but si ses prescriptions sont suivies. Cette question de l'effectivité est au cœur du mystère et de la séduction exercée par le droit souple* »[720].

141. Nonobstant sa part de mystère et de séduction, l'effectivité n'en reste pas moins difficile à évaluer. La réception du droit souple par ses destinataires est un fait dont l'appréciation se heurte à toute une série de difficultés, au premier rang desquelles la nécessité de mener des études interdisciplinaires[721]. Le sujet est peu exploité, si bien que « *la mesure de la réception effective du droit souple par ses destinataires reste un phénomène sociologique largement inconnu* »[722]. Dans ces conditions, il est possible de s'intéresser aux leviers qui servent de moteur à l'effectivité. À suivre la section du rapport et des études du Palais-Royal, « *le droit souple ne peut s'imposer que s'il suscite une dynamique en sa faveur parmi ses destinataires* »[723]. Il recherche leur assentiment. Les leviers d'effectivité du droit souple sont émotionnels et psychologiques. Ils sont intimement liés à des considérations sociologiques, économiques ou encore juridiques. Sans doute est-il possible d'y voir, dans le prolongement des travaux de Foucault, une manifestation de la « *gouvernementalité managériale* »[724]. Sur un plan émotionnel et psychologique, l'assentiment des destinataires du droit souple est surtout affaire de dissuasion et de persuasion selon J. Chevallier[725]. Dans cet ordre d'idées, les dispositifs portant sur la diversité s'appuient sur des leviers d'effectivité dissuasifs (1) et persuasifs (2).

1 – Les leviers d'effectivité dissuasifs

142. Position du problème – Pour A. Flückiger, la peur, la crainte, l'angoisse ou l'anxiété sont de puissants vecteurs d'obédience[726]. Le droit souple peut connaître « *un effet contraignant au sens social de la contrainte : du blâme à l'exclusion, en passant par le boycott, le droit mou, s'il ne rime pas avec contrainte juridique, peut cependant connaître la vigoureuse pression* […] *professionnelle, économique ou sociale* ». En l'espèce, il existe de nombreuses sources de

[720] CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 85.
[721] C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *op. cit.*, p. 98-106, spéc. p. 101 ; Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 731.
[722] C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *op. cit*., p. 106.
[723] CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 104.
[724] Dès lors que ces leviers reposent sur des considérations d'efficacité, d'organisation, de contrôle (contrôle de soi et des autres, participation, adhésion, consentement) ou encore de savoirs (récupération, transformation et de diffusion des savoirs). V. T. LE TEXIER, « Foucault, le pouvoir et l'entreprise : pour une théorie de la gouvernementalité managériale », *Revue de philosophie économique*, n° 2, p. 53-85, spéc. p. 74-8.
[725] J. CHEVALLIER, « L'état régulateur », *RFAP*, n° 111, 2004, p. 480.
[726] A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 144, 2009, p. 83.

pression qui dissuadent de ne pas respecter les actes relatifs à la diversité. Dans ces cas de figure, les sanctions sont « *alternatives, extrajuridiques, déterminées par la réaction du corps social* »[727]. Elles tiennent à l'environnement de leurs destinataires. De manière générale, c'est l'aversion au risque qui sert de catalyseur à l'effectivité du droit souple. Selon l'analyse économique du droit, les agents seraient plus honnêtes et vertueux pour respecter et appliquer les règles que ne pourrait le laisser suggérer une rationalité purement économique[728] et c'est en fait l'aversion au risque qui les conduirait à le faire[729]. Ainsi, la perspective, sous une forme ou une autre, des conséquences défavorables de l'ignorance de ces actes conditionne leur effectivité. Dans cette équation, le risque juridique n'est pas inconsidéré. L'effectivité des instruments portant sur la diversité tient aussi à la crainte de la sanction juridique, ou à tout le moins, au durcissement de la règle.

143. Le risque de la sanction disciplinaire – Certains employeurs n'hésitent pas à requérir de leurs salariés qu'ils respectent les engagements de l'organisation. L'accord professionnel relatif à la diversité du groupe Essilor mentionne qu'« *il convient que chaque salarié porte les principes et valeurs de l'entreprise, et les décline au quotidien. Ainsi il contribue et participe activement au respect de l'identité de chacun. Ce respect passe par une posture inclusive vis-à-vis de l'ensemble de ses collègues et managers avec qui il interagit* »[730]. Le cas échéant, le non-respect de ces engagements pourra être sanctionné. Dans ce cas, l'employeur invoque une disposition contenue dans un instrument relatif à la diversité pour justifier une sanction disciplinaire à l'encontre d'un employé. À l'image d'un standard de conformité à un comportement, l'acte va servir d'instrument de mesure pour juger du degré d'adéquation entre l'attitude du mis en cause et la conduite attendue dans ce document[731]. Le cas échéant, il servira de justification à une sanction par l'employeur d'un manquement à l'éthique de l'organisation. Il s'impose alors comme une « *obligation de ne pas faire* »[732], consistant à ne pas compromettre les engagements de la structure. C'est ainsi qu'un salarié pourra être licencié pour ses « *propos*

---

[727] C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit*., p. 599-628.
[728] W. HARRINGTON, « Enforcement leverage when penalties are restricted », *Journal of Public Economics*, nº 1, 1988, p. 29-53. Sur la thèse inverse d'un calcul économique purement rationnel, v. G. BECKER, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, nº 76, 1968, p. 169-217.
[729] L. BENZONI, B. DEFFAINS, « Approche économique des outils de la compliance finalité, mesure, effectivité de la compliance subie et choisie » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 47.
[730] Art. 1.5 ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019.
[731] À propos des codes de conduite, B. DUBRION, E. MAZUYER, « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques de RSE », *SSL*, nº 1576, 2013, p. 75-84.
[732] *Ibid*., p. 75-84.

racistes, violents et répétés violents [sic.] *la charte de la diversité à laquelle adhère l'entreprise* »[733] ou pour la teneur de « *messages* […] *tout à fait inadmissibles et injurieux et totalement irrespectueux* [jugés] *inadmissibles dans une entreprise signataire de la charte de la diversité et au sein de laquelle œuvrent de nombreux salariés issus de l'immigration* »[734]. Les obligations qui pèsent sur les employés par l'intermédiaire d'un instrument relatif à la diversité peuvent aussi s'approcher d'« *"obligations de faire"* [c'est-à-dire d']*obligations positives d'agir dans un sens donné* »[735]. Les procédures d'alerte ethnique instaurées dans le cadre du Label diversité en sont un bon exemple. Selon le cahier des charges de ce Label, l'organisme candidat à la labellisation doit mettre en place une cellule d'écoute et de traitement des réclamations portant sur des discriminations supposées ou avérées en son sein[736]. Le système incite les employés à signaler tout comportement déviant par rapport au Label. Avec ce type de procédure, les employeurs voudraient instaurer une obligation de faire à la charge de leur personnel, même si en pratique, de nombreuses limites tenant notamment à la protection des droits et libertés individuels vont en limiter la portée effective[737]. C'est donc au juge qu'il revient d'apprécier en dernier ressort le bien-fondé d'une sanction disciplinaire prononcée pour défaut de dénonciation[738].

144. Le risque de la sanction des relations d'affaires – Les opérateurs économiques et les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi peser sur leurs partenaires commerciaux pour leur enjoindre de se conformer aux prescriptions de leurs instruments relatifs à la diversité. Ils exercent notamment leur puissance en imposant un document souple portant sur la diversité dans le contrat[739]. Les grandes sociétés commerciales n'hésitent pas à exiger de leurs fournisseurs et de leurs sous-traitants qu'ils respectent les engagements RSE de l'entreprise, parfois au moyen de clauses contractuelles[740]. Pour illustrer, un syndicat d'entreprises de travail

---

[733] CA Orléans, 8 avril 2014, nº 13/03147.
[734] CA Paris, 29 septembre 2015, nº 13/03196. V. aussi CA Montpellier, 8 février 2017, nº 13/06863 à propos d'un salarié à qui il est reproché, et versé à son dossier de licenciement pour insuffisance professionnelle, d'avoir laissé entendre que son employeur discriminait alors que l'organisation à laquelle ils appartenaient tous deux détenait le Label diversité.
[735] B. DUBRION, E. MAZUYER, « Les rencontres improbables entre droit et management […] », *op. cit.*, p. 75-84.
[736] V. par ex. AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges 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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 10
[737] B. DUBRION, E. MAZUYER, « Les rencontres improbables entre droit et management […] », *op. cit.*, p. 75-84.
[738] *Ibid.*
[739] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 314.
[740] Y. QUEINNEC, S. MAC CIONNAITH, « La clause RSE, levier incontournable de vigilance », *RLDA*, nº 139, 2018, p. 32-7.

temporaire a subordonné l'adhésion de toute nouvelle entreprise à un engagement de respecter la charte sur la diversité de l'organisation[741]. Le groupe Lagardère fait quant à lui figurer la clause suivante dans ses contrats de production audiovisuelle : « *Le groupe* […] *a signé la Charte Diversité en juillet 2010.* [Il] *s'est ainsi engagé auprès d'autres entreprises françaises et internationales à favoriser le pluralisme et à rechercher la diversité de la société française auprès de leurs fournisseurs (localisation, taille, innovation…) en respectant et promouvant notamment les six (6) principes de la Charte. Le Contractant s'engage donc à respecter les principes définis dans cette Charte, disponible sur Internet, et veille à leur respect par leurs sous-traitants* »[742]. L'entreprise s'appuie sur son poids économique pour que ses engagements soient respectés et n'hésite pas à diligenter des contrôles, parfois de manière surprise, chez les fournisseurs pour s'en assurer[743]. En Belgique par exemple, l'opérateur de télécommunication Belgacom évalue ses fournisseurs sur la base de leur politique en faveur de la diversité[744]. L'entreprise peut aussi intégrer ses engagements éthiques relatifs à la diversité à une politique d'achat responsable, une pratique en pleine expansion[745]. À défaut de respecter ces documents souples, les partenaires commerciaux s'exposent à des sanctions qui peuvent aller jusqu'à la rupture des relations d'affaires. Bien qu'elle n'intervienne généralement qu'en dernier recours et demeure rarissime, la sanction contractuelle est particulièrement dissuasive pour la partie qui est dépendante économiquement de la société et qui se voit imposer le respect d'un document éthique[746]. Son comportement est influencé, voire commandé par cette menace[747]. Ce qui apparaît comme une simple déclaration politique – du type le groupe LVMH « *rappelle les principes de conduite* [parmi lesquels la promotion de "la diversité des profils et des parcours"]

---

[741] § 1 et § 2-4, Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité, 18 novembre 2005.

[742] CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2015*, 2016, p. 24-5.

[743] P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, n° 23, 2013, p. 1564-70.

[744] M. EL ABBOUBI, I. JANSSENS, L. VAN CUTSEM, « La diversité des parties prenantes en gestion de la diversité » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 104.

[745] En 2013, 66% des grandes entreprises affirmaient que leurs appels d'offres contenaient des dispositions relatives au respect de la diversité. V. DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, p. 30. Sur ces politiques, v. M. COMBEMALE, L. MEHAIGNERIE, « Intégrer les enjeux de la diversité dans les politiques d'achat responsable » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 89-96 ; M. RIVAULT, *La diversité dans les achats. Une source de performance durable*, AFMD, 2016.

[746] V. par ex. E. MAZUYER, « Les relations entre soft law et droits fondamentaux : une approche pragmatique par la RSE » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 277. Pour un ex. récent sur le thème de l'anti-corruption, v. Com., 20 novembre 2019, n° 18-12.817 : *D.*, n° 16, 2020, p. 913 note J. –C. RODA.

[747] P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 692-3.

qui doivent animer chacun des collaborateurs du Groupe, mais également nos partenaires et fournisseurs »[748] – peut devenir effectif sous l'influence économique de l'entreprise. Cet « *effet boule de neige* »[749] va alors décupler la portée de l'instrument.

145. Le risque de sanction sociale – Dans un contexte concurrentiel, où l'influence de l'opinion publique est croissante et l'image de marque stratégique, la crainte d'entrer en conflit avec le groupe est un vecteur informel de respect du droit souple par ses destinataires. Par conséquent, la réprobation d'un comportement jugé fautif peut venir du marché lui-même. L'ostracisme par les autres membres du groupe est un puissant mécanisme de sanction sociale d'un manquement à l'égard d'un comportement normalisé. Il y a quelques années, la Cour d'appel de Paris est même allée jusqu'à apprécier certaines pratiques actionnariales par rapport à un modèle normal de comportement défini par le droit souple[750]. Or, « *manquer aux impératifs partagés, c'est s'exposer mécaniquement à la désapprobation de tous ceux qui les ont intériorisés, et qui sont en mesure d'exprimer ce mécontentement* »[751]. Avec une intensité variable, le déviant est évincé du cercle auquel il appartient. La force du groupe constitue le levier d'effectivité de la sanction sociale[752]. Les psychologues parlent ici d'une attitude de conformisme[753]. C'est particulièrement vrai pour les sociétés qui font partie du « *club* »[754] des organisations socialement responsables. Eu égard à l'importance que joue le paradigme de la diversité pour ces organisations, il n'est pas inconcevable qu'elles l'aient intériorisé comme une norme personnelle[755]. Une entité qui ne respecterait pas les dispositions relatives à la diversité du code de conduite qu'elle a édicté, de la charte qu'elle a signée ou du label qu'elle a obtenu, s'expose à une réprobation par ses pairs. La situation est un peu différente dans les administrations publiques. Marquées à des degrés divers par une soumission hiérarchique et une dépendance à l'égard du pouvoir central, le sentiment d'appartenir au groupe des administrations socialement responsables engagées dans la promotion de la diversité est sans doute moins fort, même s'il n'est peut-être pas inexistant, ainsi qu'en témoigne la communication par et autour des intéressées sur le Label diversité[756]. De plus, c'est un outil

---

[748] LVMH, *Code de conduite*, 2017, p. 9 et 12.
[749] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *op. cit.*, p. 194.
[750] CA Paris, 19 décembre 2013, n° 12/22644, *A. de C. c. SA Wendel* : la « *société cotée ne peut ignorer ces pratiques actionnariales qui sont aujourd'hui "normales"* ».
[751] S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2014, p. 167.
[752] C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 599-628.
[753] A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […] », *op. cit.*, p. 86.
[754] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *op. cit.*, p. 182.
[755] Sur l'intériorisation, S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, spéc. p. 142-4.
[756] V. par ex. « Nantes. La Ville et la Métropole reçoivent le Label Diversité », *Ouest France*, 13 novembre 2017.

valorisé dans les réseaux professionnels du management public des ressources humaines[757]. D'autres formes de pressions sociales peuvent aussi s'exercer sur les personnes publiques. L'emploi public et l'enseignement supérieur d'excellence sont soumis à des impératifs de justice très forts. Au rang des valeurs et des principes, ils incarnent l'égalité et le mérite. C'est particulièrement vrai pour la haute administration et les grandes écoles qui sont censées incarner l'élitisme républicain. La signature d'une charte ou l'engagement dans la labellisation diversité permet de réaffirmer symboliquement ces exigences de justice. Alors qu'elles sont exposées à de sévères reproches dénonçant l'essoufflement de leur fonction de creuset républicain et la reproduction sociale dont elles seraient à l'origine, cette formalisation démontre leur implication et leur exemplarité. Dans ces conditions, elles ont donc tout intérêt à se conformer à leurs engagements.

146. Le risque de la sanction du marché – Sur le marché, la sanction sociale peut se muer en sanction commerciale. Que ce soit avec l'affaire Nike dans les années 1990, le drame du Rana Plaza en 2013 ou plus récemment avec la mise en cause de constructeurs automobiles pour leurs moteurs truqués, l'actualité est régulièrement marquée par la remise en cause de l'image d'entreprises aux comportements peu scrupuleux. Les parties prenantes, sont alors susceptibles de sanctionner l'auteur d'une violation d'une norme éthique. En l'occurrence, une société qui verrait sa réputation entachée par une affaire de discrimination est susceptible d'en payer le prix, au sens monétaire du terme. Dans cette situation, les instruments souples déploient leurs effets à travers la peur de la survenance de la sanction[758]. La nécessité de maintenir l'image de la société, de préserver sa réputation est indispensable pour la prémunir de retombées commerciales négatives. De ce point de vue, c'est bien parce que la sanction est commerciale que le droit souple peut être effectif. Les médias, les ONG ou les agences de notations extrafinancières ont un rôle d'alerte et de diffusion des pratiques des entreprises. Ce contexte les confronte à l'expansion des risques contentieux et à la médiatisation de leurs pratiques. Les consommateurs, les investisseurs, les actionnaires ou encore les partenaires commerciaux risquent d'être les premiers à tirer les conséquences d'une violation de leurs engagements portant sur la diversité, en faisant pression sur les sociétés qui ne joueraient pas le jeu[759]. Sous

---

[757] L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations. Le label diversité dans les collectivités territoriales*, ARDIS, 2015, p. 80-3.
[758] A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […] », *op. cit.*, p. 89.
[759] En ce sens, à propos de la RSE, M. JULIEN, E. MAZUYER, « Les obligations des entreprises en matière de *reporting* social », *RDT*, n° 4, 2015, p. 234-43 ; I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, n° 5, 2006, p. 254-61, § 18 ; N. HUET, « L'entreprise socialement responsable :

le thème de l'investissement socialement responsable (ISR), les investisseurs sont de plus en plus nombreux à faire entrer des critères extrafinanciers dans leur placement[760], y compris sur le thème de la diversité[761]. Plusieurs rapports au gouvernement ont également proposé d'« *imposer la prise en compte de la diversité dans les notations des entreprises* »[762]. En cas de mécontentement, les actionnaires peuvent se retirer et provoquer une baisse de la valeur de leurs actions[763]. Depuis le 1er juillet 2020, la banque d'affaires Goldman Sachs n'aide plus une entreprise à entrer en Bourse aux États-Unis et en Europe si au moins un des membres du conseil d'administration « *n'est pas issu de la diversité ou est une femme* »[764]. Cette exigence est portée à deux depuis 2021. À côté des influences boursières, la sanction peut aussi consister à révoquer les dirigeants[765]. Enfin, la société contrevenante s'expose à la réprobation et au boycott des consommateurs. Dès lors, la peur de la survenance de ces sanctions semble suffisamment dissuasive pour faire du risque commercial un levier d'effectivité des instruments relatifs à la diversité.

147. Le risque de la sanction juridictionnelle et législative – Les discriminations font aussi peser un risque juridique sur les organisations, à plus fortes raisons avec l'introduction récente d'une action de groupe[766]. La prise en compte de ce risque s'est faite selon une approche managériale, à travers des instruments destinés à aider les décideurs à y être attentifs dans leurs décisions[767]. L'engouement suscité par ces outils s'explique par un besoin réel d'encadrement et de sécurité juridique, qui s'est fait d'autant plus grand à la suite de l'intégration de la

---

faut-il plus de Droit ? » *in* M. HAYAT, A. REYGROBELLET, *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain : regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 158-61.

760 AMF, *Recommandation AMF nº 2013-18. Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale sociétale et environnementale*, AMF, 2013, p. 4. Sur l'ISR, v. par ex. V. REVEST, « Les Investissements Socialement Responsables : une nouvelle configuration des relations finance-entreprise ? » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 99-122 ; V. MERCIER (dir.), « L'investissement socialement responsable : quelle crédibilité ? (dossier) », *Bulletin Joly Bourse et produits financiers*, nº 111, 2014, p. 407-60.

761 P. BELLO, V. ROUZAUD, C. SANCHEZ, « La notation des politiques de diversité » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 383-8.

762 V. par ex. P. LOZES, M. WIEVIORKA, *Lutte contre le racisme et le communautarisme*, Rapport au Rapport au ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer et des Collectivités territoriales et au ministre des Affaires étrangères et Européennes, 2010, p. 60-1.

763 M. CAPRON, F. QUAIREL, *Mythes et réalités de l'entreprise responsable : acteurs, enjeux, stratégies*, Paris, La Découverte, 2004, p. 69.

764 E. LAMURE, J. LE NAY, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux entreprises sur le thème « Comment valoriser les entreprises responsables et engagées ? »*, Sénat, nº 572, 2020, p. 46.

765 C. MALECKI, « Informations sociales et environnementales. De nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.*, nº 12, 2003, p. 818-23, § 19.

766 Art 60 à 92 loi nº 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du 21e siècle* ; M. J. AZAR-BAUD, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *DS*, nº 4, 2020, p. 353-9.

767 V. *infra* § 546 et suiv.

définition de la discrimination indirecte dans le droit positif par la loi du 27 mai 2008. En ce qu'elles permettent de « *décortiquer, rationaliser et, de facto, sécuriser les process RH, du recrutement jusqu'à la gestion de carrière* »[768], les bonnes pratiques contenues dans les documents portant sur la diversité auraient des vertus préventives. En matière de RSO « *le juge, c'est le droit, et le droit, c'est un aveu d'échec* »[769]. Recourir aux tribunaux signe l'échec à prévenir un dommage. Le principe de non-discrimination se trouve ainsi promu au nom des mécanismes du marché, ce qui donne aux bonnes pratiques contenues dans ces référentiels relatifs à la diversité leur potentiel d'effectivité.

148. Leur formalisation dans des instruments souples relève aussi d'une stratégie défensive. En effet, les employeurs ont tout intérêt à agir pour répondre à un scandale ou pour anticiper un renforcement du corpus antidiscriminatoire[770]. Ce « *militantisme entrepreneurial* »[771] vise à les protéger contre les accusations de pratiques discriminatoires et à exploiter publiquement leur image d'acteur volontariste sur des sujets d'intérêt général comme l'égalité des chances ou la lutte contre les discriminations[772]. Il participe d'un discours autoréférentiel, signe que les organisations peuvent s'autoréguler[773]. Ce type d'action fédère les entreprises en lobby afin d'anticiper et de peser sur les évolutions de la législation. De son côté, la puissance publique n'hésite pas à brandir la menace de légiférer pour les pousser à ajuster elles-mêmes leurs comportements[774]. Sous ce double éclairage, l'essor rapide des dispositifs relatifs à la diversité au début des années 2000 peut être perçu comme une réponse à la montée en puissance de ce risque juridique.

149. La difficulté d'isoler l'effet dissuasif – Quel que soit le risque considéré, une difficulté demeure pour isoler l'effet dissuasif des documents portant sur la diversité des autres systèmes normatifs, en particulier du droit dur et de ses dispositions sur les discriminations et le racisme.

---

[768] M. G. BRUNA, « Diversité dans l'entreprise : d'impératif éthique à levier de créativité », *Management & Avenir*, n° 43, 2011, p. 212.
[769] P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, n° 6, 2018, p. 302-8, § 1.
[770] Par ex. la condamnation pour discrimination de la société Districom, filiale du groupe Adecco et de la société Garnier, a poussé ces sociétés à renforcer leurs actions. V. HALDE, délib. n° 2006-98 du 9 mai 2006 relative à une discrimination à l'embauche à raison de l'origine, CA Paris, 6 juillet 2007, n° 06/07900 et Crim, 23 juin 2009, n° 07-85.109 ; S. PLATAT, « L'Oréal veut se laver de tout soupçon», *Libération*, 12 juillet 2007.
[771] R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail », *Développement durable et territoires*, 2006, § 18.
[772] *Ibid.*, § 18.
[773] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 336.
[774] V. par ex. MINISTERE DE L'EMPLOI, DU TRAVAIL ET DE LA COHESION SOCIALE, *Plan de cohésion sociale*, 2004, p. 42, programme 20.

En réalité, l'effet dissuasif est solidaire de ces autres ordres normatifs dans un rapport délicat à déterminer. Lorsqu'une entreprise sanctionne un salarié qui a tenu des propos discriminatoires et racistes au visa de la Charte de la diversité qu'elle a signée, il est difficilement concevable de faire fi de l'existence, au moins en arrière-plan, d'un corpus antidiscriminatoire et antiraciste dans le droit positif et plus largement d'une condamnation sociale de ces pratiques[775]. *A contrario*, il est difficile d'apprécier quelle serait l'effectivité de ce document si ces règles de droit et ces normes sociales n'existaient pas. S'agissant des relations des actes souples relatifs à la diversité avec le système juridique, il semble donc nécessaire de porter une attention particulière au droit dur pour apprécier pleinement leur force dissuasive. Tel n'est pas le cas des ressorts vertueux qui conditionnent leur effectivité.

2 – Les leviers d'effectivité persuasifs

150. Position du problème – Plan – L'une des particularités du droit souple est de rechercher l'adhésion de ses destinataires. Il a une force de persuasion, d'influence. Le gouvernement des conduites « *ne s'exerce pas dans un rapport en pointillé de domination et de réaction* […] *mais à travers un conditionnement perpétuel de tous les types de comportements qui se veut consensuel, séduisant, prescriptif et pourquoi pas divertissant* »[776]. Cet « *art de la motivation, de l'encouragement, de la séduction, de l'incitation et de l'inspiration* »[777] s'exprime très bien dans les effets vertueux attendus du respect des dispositifs relatifs à la diversité (a). Cette force de persuasion tient également à d'autres leviers émotionnels et psychologiques (b).

a – Les leviers vertueux

151. Position du problème – À la différence de la situation précédente où la conformité est obtenue par la dissuasion, le conformisme vertueux joue sur l'apport positif de la diversité. Cette recherche d'une plus-value est cruciale pour saisir les ressorts du droit souple, car elle permet de faire le lien entre la valeur instrumentale des instruments souples et leur effectivité. Le sujet se conforme à l'acte, car il en escompte un gain : la réputation, l'avantage concurrentiel et commercial, les performances financières et humaines ou encore la créativité. La logique est

[775] V. par ex. CA Paris, 29 septembre 2015, n° 13/03196 ; CA Orléans, 8 avril 2014, n° 13/03147.
[776] T. LE TEXIER, « Foucault, le pouvoir et l'entreprise : pour une théorie de la gouvernementalité managériale », *Revue de philosophie économique*, n° 2, 2011, p. 77.
[777] *Ibid*., p. 77.

utilitariste. L'instrument relatif à la diversité est un outil au service de la réalisation des intérêts de celui qui l'emploie. Ces leviers positifs ont été synthétisés par les sciences managériales et les milieux économiques sous la doctrine du *business case*, en l'absence de consensus scientifique sur la plus-value de la diversité sociodémographique[778]. Incubée dans la sphère entrepreneuriale avant d'être étendue dans d'autres domaines, cette rhétorique défend l'idée que la diversité humaine est une « *richesse pour l'entreprise* »[779]. L'idée a été théorisée par l'économiste américain G. Becker à la fin des années 1950. Elle postule que les entreprises qui expurgent les discriminations de leur sélection recrutent de meilleurs potentiels à un moindre coût[780]. Le raisonnement repose sur la conviction que les filtres discriminatoires sont irrationnels et induisent un coût inutile pour l'employeur (perte de potentiels, déperdition du capital humain, coûts supplémentaires de recrutement, etc.). Mus par cette vision pragmatique et utilitariste, les entrepreneurs ont opéré un travail de « "*connexion de cadres"*[781], *imbriquant la cause de la diversité dans des préoccupations économiques et des rhétoriques managériales préexistantes* »[782]. Comme l'exprime sans rondeur C. Bébéar, « *révoltante sur le plan de l'éthique et de la morale, la discrimination des minorités visibles en entreprise est aberrante sur le plan économique. C'est pourquoi lutter contre la discrimination en entreprise n'est pas affaire de compassion, mais plutôt d'intérêts bien compris* »[783]. Ainsi, « *ce qu'on ne fait pas par vertu, il faut le faire par nécessité économique* »[784]. Une abondante littérature scientifique et institutionnelle qui ne se restreint plus à l'entreprise est consacrée au management de la diversité et à ses apports supposés[785]. Le message est légitimé par les autorités, l'argument du

---

[778] V. par ex. H. PERETZ, A. LEVI, Y. FRIED, « Organizational diversity programs across cultures : effects on absenteeism, turnover, performance and innovation », *The International Journal of Human Resource Management*, 2015, nº 6, p. 875-903 ; B. SINGH, D. E. WINKEL, T. T. SELVARAJAN, « Managing diversity at work: Does psychological safety hold the key to racial differences in employee performance ? », *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, nº 2, 2013, p. 242-263.

[779] L. BERENI, « "Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise". La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, nº 35, 2009, p. 87-105. Sur ce discours v. par ex. Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 2 février 2010, p. 2 ; R. SENAC, « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néoliberale », *RFAP*, nº 153, 2015, p. 173.

[780] G. S. BECKER, *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1957.

[781] R. BENFORD, D. SNOW, « Framing Processes and Social Movements : An Overview and Assessment », *Annual Review of Sociology*, nº 26, 2000.

[782] L. BERENI, « "Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise" […] », *op. cit.*, p. 98.

[783] C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Rapport au Premier ministre, 2004, p. 10.

[784] F. LABORDE, « Les bonnes pratiques : expériences nationales et européennes » *in* CSA, *Audiovisuel : comment mieux représenter la diversité de notre société ?*, Paris, 6 octobre 2015.

[785] V. par ex. I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007 ; I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS, 2010 ; J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011 ; S. HAMOUDI, *L'apport économique des politiques de diversité à*

business case étant même inscrit dans un article du Code du travail qui charge les centres d'apprentissage de mener « *une politique d'orientation et de promotion des formations qui mette en avant les avantages de la diversité* »[786]. En l'espèce, cette rationalité instrumentale a aussi l'intérêt de constituer un levier d'effectivité pour les dispositifs souples portant sur la diversité.

152. Réputation – En tant que forme de contrôle social, la réputation aiguille la conduite de qui s'en soucie : l'image qu'un acteur veut donner de lui à autrui détermine pour partie son comportement[787]. Le rayonnement de la thématique de la RSO atteste de l'importance donnée à la réputation et à l'image, devenues le « *plus important capital immatériel* »[788] de nombreuses organisations qui l'envisagent comme un facteur de compétitivité et de succès commercial[789]. Dans ce contexte, la diversité est le symbole d'un engagement socialement responsable. « *Érigée en paradigme de jugement, investie symboliquement et significativement par les individus et appropriée par l'opinion publique,* [elle] *est* […] *chargée d'une valeur normative et d'une connotation positive* »[790]. L'instrumentation de la diversité est partie intégrante d'un processus de légitimation organisationnelle, dont les acteurs espèrent tirer un bénéfice pour leur notoriété et leur image de marque citoyenne[791]. L'intégration croissante des critères de RSE par les agences de notations financières et l'attention de plus en plus forte portée par le consommateur au comportement éthique des organisations renforcent cette dynamique[792]. Par

---

la performance de l'entreprise : le cas des jeunes diplômés d'origine étrangère, Paris, CESE, 2014, p. 42-53 ; G. BON-MAURY, C. BRUNEAU, C. DHERBECOURT et *al*., *Le coût économique des discriminations*, Paris, France Stratégie, 2016 ; M. G. BRUNA, A. –F. BENDER, Z. YANAT, « Faire éclore la diversité dans le Supérieur : questionnements épistémologiques, défis organisationnels et enjeux pédagogiques », *Management & Sciences Sociales*, n° 21, 2016, p. 24-47 ; S. PERUGIEN, I. BARTH, « Pour la mise en œuvre d'un management de la diversité. En quoi une école peut-elle faire école ? », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 54, 2016, p. 263-294 ; G. REDON, « Politique de gestion de la diversité dans les grandes écoles françaises : quelles intentions stratégiques ? », *@GRH*, n° 19, 2016, p. 37-64.

[786] Art. L. 6231-2, 9° c. trav.

[787] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 21.

[788] IMS-ENTREPRENDRE POUR LA CITE, *Non-discrimination et gestion de la diversité dans les entreprises en France*, IMS, 2004, p. 7.

[789] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, n° COM/2001/0366 final, 2001, § 43.

[790] M. G. BRUNA, « Diversité dans l'entreprise : d'impératif éthique à levier de créativité », *op. cit.*, p. 212.

[791] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité comme processus de légitimation organisationnelle. Cadrage théorique et exemples empiriques », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 1, 2017, p. 205-45 ; I. BARTH, « La face cachée du management de la diversité » *in* BARTH, C. FALCOZ, *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 276-8 ; S. POINT, « La charte de la diversité, regards sur le discours des entreprises signataires », *Management & Avenir*, n° 8, 2006, p. 82.

[792] L. BERENI, « "Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise" […] », *op. cit.*, p. 102.

suite, la formalisation d'un instrument éthique portant sur la diversité confère à celles-ci une visibilité médiatique positive[793].

153. L'avantage concurrentiel – La formalisation d'un instrument relatif à la diversité peut aussi influer sur la position concurrentielle d'une entreprise ou d'une collectivité publique, en lui donnant une place de chef de file à l'égard de ses pairs. Cette incidence peut jouer à l'occasion de l'adoption de l'acte, puis au moment de sa mise en œuvre. Dans le premier cas de figure, le pionnier jouit d'une prime du premier entrant, c'est-à-dire qu'il profite des avantages concurrentiels donnés à celui qui se positionne le premier sur un nouveau marché[794]. Ce type de mesure volontaire permet aussi de se conformer plus rapidement au droit et d'anticiper un durcissement de la norme. Lorsque la règle évolue, par exemple en instaurant une formation obligatoire du personnel à la non-discrimination, les chefs de file qui forment déjà leurs effectifs aux prescriptions légales bénéficient d'un avantage en comparaison de leurs pairs obligés de se conformer après coup au droit positif. Par conséquent, la valeur ajoutée d'un engagement pionnier est fortement liée à la capacité d'innovation des acteurs. Ainsi, si la logique pionnière a pu profiter aux premiers signataires de la Charte de la diversité ou aux premiers labellisés, l'intérêt est moindre pour les générations suivantes. Dans le second cas de figure, un gain concurrentiel est à retirer de la mise en œuvre des instruments relatifs à la diversité. L'éthique est devenue un bien à chiffrer, à évaluer et à mettre en balance avec d'autres indicateurs de progrès. Puisque la diversité est devenue une norme sociale à suivre dans la société, elle tend à être appréciée comme « *un bien dont la circulation serait un marqueur de performance* »[795]. De nouveaux outils permettent de mesurer les résultats des organisations qui se montrent les plus vertueuses et de communiquer sur le sujet auprès de leurs parties prenantes. C'est le cas du *benchmarking* qui consiste à faire l'étude comparative détaillée d'un bien ou d'un service ou du *social return on investment*[796] (retour social sur investissement).

---

[793] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 336.
[794] En ce sens, M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 317.
[795] *Ibid.*, p. 318.
[796] Le « *Social return on investment* » (SROI) vise à mesurer et rendre compte de la valeur générée par une organisation à finalité sociale. Elle est bâtie sur un cadre d'analyse permettant de déterminer les dynamiques de changements engendrées par un programme social, d'estimer la valeur sociale ainsi créée et d'évaluer son coefficient de retour social sur investissement par l'établissement d'un ratio coûts/bénéfices en valeurs monétaires. En pratique, le SROI permet aux financeurs et contributeurs d'un programme tel que PQPM de connaître l'efficience de l'utilisation de leurs apports, puisque la valeur sociale mesurée est rapportée aux coûts engagés pour la générer. V. par ex. ACCENTURE, *Une grande école pourquoi pas moi ? Un programme qui fait bouger les lignes*, 2012 ; APEC, « Représentations et pratiques de diversité dans les entreprises », *Les études de l'emploi cadre*, n° 82, 2015, p. 9.

154. Performances RH – Un autre avantage attendu de la diversité des équipes et susceptible de servir l'effectivité des instruments relatifs à la diversité est l'amélioration des performances RH. Dans le prolongement des analyses de G. Becker, la formalisation d'un engagement éthique renforcerait la visibilité de la structure sur le marché du recrutement lui permettant d'optimiser ses chances d'attirer et de fidéliser des profils talentueux. À l'inverse, les discriminations nuiraient au bon fonctionnement de l'organisation en détériorant la qualité des relations sociales[797]. Il serait donc dans son intérêt de favoriser l'inclusion comme les y encouragent d'ailleurs certains dispositifs souples portant sur la diversité[798]. Quelques auteurs vont plus loin et affirment qu'une force de travail diversifiée permettrait de maximiser la productivité du capital humain, par un accroissement de la motivation et du rendement du personnel en favorisant les synergies autour d'un projet rassembleur. La formalisation d'un engagement en ce sens enverrait un signal positif au personnel, à même de faire évoluer les représentations collectives et le positionnement personnel des employés[799]. Enfin, les managers semblent réceptifs à l'idée qu'il existe un impact positif de la diversité sur la créativité des équipes[800]. L'argument suppose que la différenciation sociodémographique des collaborateurs est un facteur de performance cognitive considérée au regard de la créativité, de la capacité d'anticipation, de la qualité et de la rapidité de résolution des problèmes[801]. Sous l'influence du *new management public*, ces arguments ont aussi libre cours dans le secteur public. Ainsi, les justifications officielles de l'objectif de diversité dans la fonction publique valorisent les différences sociodémographiques dans la perspective d'améliorer la performance de l'administration. La diversification du profil des agents administratifs favoriserait un brassage des expériences et une confrontation des points de vue à l'origine de l'innovation et de l'amélioration de la performance du service public[802]. Fidèle à l'argumentation du juge Powell dans l'arrêt *Bakke*, l'intérêt de réunir une pluralité des expériences, des points de vue et des

---

[797] V. É. VATTEVILLE, « La stratégie de la diversité au fondement de la confiance et de la performance », *Management & Avenir*, nº 28, 2009, p. 408-21 ; M. G. BRUNA, « Diversité dans l'entreprise : d'impératif éthique à levier de créativité », *op. cit.*, p. 212.

[798] V. *infra* § 641 et suiv.

[799] En ce sens, M. G. BRUNA, « Diversité dans l'entreprise : d'impératif éthique à levier de créativité », *op. cit.*, p. 214.

[800] V. par ex. L. Parisot, alors présidente du MEDEF *in* S. BERGER-DOUCE, « La diversité en PME : une philosophie managériale au service de la performance ? », *Management & Avenir*, nº 29, 2009, p. 258.

[801] M. G. BRUNA, « Diversité dans l'entreprise : d'impératif éthique à levier de créativité », *op. cit.*, p. 219.

[802] V. par ex. exposé des motifs, loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; CONSEIL D'ORIENTATION DES POLITIQUES DE RESSOURCES HUMAINES, *Mixité sociale, diversité et principe d'égal accès aux emplois publics : quelle ouverture des recrutements dans la fonction publique ?*, DGAFP, 2017, p. 9 ; M. VALLS, *Lettre de mission de M. Rousselle*, Paris, 24 février 2016, p. 1.

opinions pour la créativité et l'adaptation est aussi très en vogue dans les discours de légitimation de la diversité dans les filières d'excellence de l'enseignement supérieur[803].

155. Avantages commerciaux et marketing, performances financières – Dans la littérature managériale, la diversification des ressources humaines est aussi un investissement immatériel susceptible de produire des avantages commerciaux et marketing. Ces avantages sont de plusieurs ordres, selon qu'est considérée la « *proximité client* »[804] (meilleure compréhension et adaptation aux exigences des consommateurs) ou la « *proximité au produit* »[805] (crédibilité, expertise, *diversity marketing*)[806]. Ces arguments ont été transposés dans l'emploi public et orientent nettement l'action des administrations en la matière[807]. Les métiers de l'emploi public seraient « *des métiers de représentation à travers lesquels la collectivité nationale dans son ensemble doit pouvoir se reconnaître* »[808]. Des agents à l'image de la population seraient plus légitimes dans l'exercice de leurs missions, notamment dans leurs relations avec les usagers. L'exemple de la police est assez topique dans ce domaine. Des forces de l'ordre davantage féminisées seraient mieux à même de gérer les affaires de violences sexuelles, une police incorporant des citoyens descendants de personnes ayant immigré aurait une meilleure connaissance et un lien d'empathie plus fort avec les populations, etc.[809]. Enfin, un certain nombre d'arguments financiers plaident pour une effectivité par les affaires des instruments portant sur la diversité. En effet, les investisseurs semblent se montrer sensibles à

---

[803] ENA, *Contrat d'Objectifs et de Performance 2017-2019*, p. 11 ; C. DARDELET, T. SIBIEUDE, F. HERVIEU-WANE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Le droit au mérite*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 52 ; M. G. BRUNA, « Diversité dans l'entreprise : d'impératif éthique à levier de créativité », *op. cit.*, p. 218-9.

[804] I. BARTH, « Enjeux et limites du management de la diversité dans le cadre des forces de vente » *in* I. BARTH, C. FALCOZ, *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 153-74. V. ég. S. ZOUAGHI, « Le cas sensible de l'éthnicité. L'exemple de l'étude de la diversité en marketing », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 54, 2016, p. 129-37.

[805] I. BARTH, « Enjeux et limites du management de la diversité dans le cadre des forces de vente », *op. cit.*, p. 158.

[806] V. par ex. v. IMS, *Marketing Identitaire Cibler ou intégrer les différences ?*, 2010.

[807] V. par ex. exposé des motifs, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; CONSEIL D'ORIENTATION DES POLITIQUES DE RESSOURCES HUMAINES, *Mixité sociale, diversité et principe d'égal accès aux emplois publics : quelle ouverture des recrutements dans la fonction publique ?*, 2017, p. 9 ; O. ROUSSELLE, P. PANNIER, « La fonction publique doit s'ouvrir à une plus grande diversité de profils et de compétences », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 11 ; A. M. FRAY, G. RICHEFORT, « La diversité en management public : le cas des collectivités territoriales » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 441-8.

[808] H. CHERIFI, « Un cas d'école : pour une discrimination positive à l'entrée de l'enseignement supérieur ? » *in* CAS, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 220.

[809] V. par ex. M. VALLS, *Discours aux forces de sécurité*, Paris, École militaire, 30 septembre 2013 ; A. BEGAG, *La République à ciel ouvert*, Rapport au ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, 2004, p. 23-4 ; J. –P. CHEVENEMENT, *Déclaration sur les moyens engagés pour lutter contre la délinquance et le rôle des préfets en matière de sécurité, sur l'accès à la citoyenneté et la réforme de l'Etat*, Paris, 15 février 1999, I, 4).

l'existence d'une politique de diversité, si bien que des études ont rapporté une amélioration des résultats financiers dans les entreprises dans lesquelles des femmes occupent des postes de décision[810]. En définitive, quel que soit l'objectif poursuivi, ces arguments semblent jouer en faveur de la conformité au droit souple.

b – Les autres leviers émotionnels et psychologiques de persuasion

156. Conformisme, persuasion – L'assentiment des destinataires aux documents souples tient également à leurs modalités d'élaboration. Ces derniers seront mieux respectés s'ils ont été construits dans un climat de concertation, à l'instar du Label diversité ou du guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire[811]. Leur respect résulte aussi des pratiques des acteurs, avec cette idée qu'elles « *circulent parce que les hommes se parlent, se regroupent et s'entendent, communiquent ou se copient, dans un souci souvent bien rationnel d'imitation et d'uniformisation* »[812]. L'effectivité des actes portant sur la diversité repose ainsi sur « *des phénomènes d'imitation, de suivisme* [et] *d'insertion dans un groupe* »[813]. Les acteurs sont incités à s'aligner sur leurs pairs qui se sont engagés dans une telle démarche. Cet « *isomorphisme mimétique* »[814] est une forme de régulation par le conformisme. La littérature anglo-saxonne parle de « *bandwagon effect* » (train en marche) pour désigner cet effet d'entrainement. La signature d'une charte, l'engagement dans un processus de labellisation, l'adoption d'un code de conduite ou encore le suivi de recommandations ou de lignes directrices est « *"ce qu'il faut faire", ce qu'il est convenable d'afficher au regard de ses partenaires, de ses concurrents et plus généralement de toutes les personnes avec lesquelles* [l'organisation] *est en relation* »[815]. En outre, l'adoption symbolique d'un instrument relatif à la diversité contribue à produire un « *effet de club* »[816]. Elle « *constitue une étape initiale, une sorte de*

---

[810] V. par ex. P. CABARE, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, AN, n° 979, 2018, p. 18 ; CATALIST, *The Bottom Line : Connecting Corporate Performance and Gender Diversity*, 2004. Sur ce point, S. LANDRIEUX-KARTOCHIAN, « Femmes aux commandes, entreprises performantes ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 23, 2010, p. 171-9.

[811] C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *op. cit.*, p. 94. De plus amples développements seront consacrés à ces deux outils *infra* § 217 et § 218 et suiv.

[812] N. MOLFESSIS, « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires – Introduction », *LPA*, n° 237, 2003, p. 4-6.

[813] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 252.

[814] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité […] », *op. cit.*, p. 216.

[815] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *op. cit.*, p. 27.

[816] B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *op. cit.*, p. 193.

"droit d'entrée" dans le club des [structures socialement] *responsables* »[817]. Ce conformisme repose sur « *la fierté ou le désir de reconnaissance lorsque l'individu se conforme pour s'établir dans le groupe, conserver des relations positives avec ce dernier dans l'espoir d'obtenir éventuellement prestige et visibilité* »[818]. Pour un établissement d'enseignement supérieur prestigieux par exemple, le fait de formaliser un engagement portant sur la diversité comme une charte lui permet d'entrer dans la communauté des grandes écoles œuvrant en faveur de l'ouverture sociale et de renforcer son image responsable[819]. Mieux, les velléités de se positionner en pionnier, d'être le chef de file du « club » renforcent cet effet d'entrainement. Aussi n'est-il pas surprenant de voir le Conseil d'État se féliciter depuis peu d'être « *la première institution de la sphère juridique à être labellisée* »[820] diversité. Le système de réseau qui accompagne les pratiques relatives à la diversité favorise l'émulation et la circulation des actions, en incitant les acteurs à s'aligner sur leurs pairs[821]. Chacun imite l'autre, tant sur la forme que sur le fond. Peu de différences caractérisent les dispositions portant sur la diversité des codes de conduite des entreprises par exemple[822].

157. La « *force de persuasion* »[823] du droit souple tient encore à l'ascendant ou au prestige lié à la figure de l'auteur de l'acte et aux émotions qu'il suscite, comme la crainte, le désir de plaire, la reconnaissance ou l'admiration, indépendamment de l'existence d'un lien juridique obligatoire[824]. Un énoncé descriptif devient une prescription lorsqu'elle émane d'une autorité reconnue et légitime. Comme l'écrit A. Flückiger, « *la recommandation émanant d'une autorité publique a plus d'influence que le même conseil émanant d'un quidam ou d'une obscure association* »[825]. De manière tout à fait classique, il peut s'agir ici des recommandations des autorités de régulation (CNIL, Défenseur des droits, CSA)[826], d'autres instances de

---

[817] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *op. cit.*, p. 27.
[818] A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […] », *op. cit.*, p. 92.
[819] V. plus généralement H. BUISSON-FENET, H. DRAELANTS, « Réputation, mimétisme et concurrence : ce que "l'ouverture sociale" fait aux grandes écoles », *Sociologies pratiques*, n° 21, 2010, p. 67-81 ; G. REDON, « Politique de gestion de la diversité dans les grandes écoles françaises […] », *op. cit.*, p. 52-3.
[820] CONSEIL D'ÉTAT, « Diversité : le Conseil d'État et les juridictions administratives labellisées », Actualités du 12 février 2020.
[821] I. VAN DE WALLE, X. MORDRET, *De la charte de la diversité à la labellisation. L'Etat et les entreprises dans la négociation d'une politique de la diversité*, CREDOC, 2008, p. 33.
[822] V. *infra* § 249 et suiv.
[823] C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al*., *Le droit souple*, *op. cit*., p. 153.
[824] En ce sens, A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […] », *op. cit.*, p. 82.
[825] *Ibid*. V. ég. A. –S. BARTHEZ, « Les avis et recommandation des autorités administratives indépendantes » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al*., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 60-73.
[826] Par ex. CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances : Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012 ; DDD, déc. n° MLD-2016-289 du 5 décembre 2016 *relative à des faits de*

consultation, comme la CNCDH ou le CSESS[827] ou même d'une administration de tutelle[828]. Ailleurs, l'autorité pourra découler d'une position de leadership sur les marchés ou du statut d'organisation syndicale représentative.

158. Manipulation – Dans certaines circonstances, ces ressorts émotionnels et psychologiques de persuasion se doublent aussi d'une « *version clandestine, la manipulation* »[829]. La manipulation renforce l'effectivité des documents portant sur la diversité, car elle permet d'influencer des « *individus à leur insu afin de leur faire faire librement des actes qu'ils n'auraient pas accomplis sans ces* [manœuvres] »[830]. Elle peut reposer sur la technique de l'engagement, c'est-à-dire un mécanisme psychologique censé conduire à une « *soumission librement consentie* »[831] du sujet à partir du moment où il « *est placé dans une situation qui lui confère un sentiment de libre choix* »[832]. Le « *déclarer libre ; mettre en relief les conséquences de son acte ; choisir un acte de coût élevé (rechercher le coût maximum de l'acte qui sera accepté) ; rendre l'acte le plus visible possible* [en lui donnant] *un caractère public ; souligner le caractère explicite de sa signification ; faire en sorte que tout retour en arrière soit impossible* »[833] constituent autant de leviers susceptibles de pousser un sujet à s'engager. Pour A. Flückiger, « *la soft law s'appuie précisément sur ce type de ressort en tant précisément qu'elle se définit comme n'étant pas juridiquement obligatoire* »[834]. Sous cet angle, le sentiment de liberté attaché aux instruments relatifs à la diversité favorise l'engagement de leurs cibles. Les acteurs seront d'autant plus enclins à s'obliger par la signature d'une charte, la candidature à un label ou le respect d'une recommandation qu'ils se pensent libres de le faire.

---

harcèlement discriminatoire et à un manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur ; CSA, délib. n° 2009-85 du 10 novembre 2009 *tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes des chaînes nationales hertziennes gratuites et de Canal +*.

827 CNCDH, Avis n° NOR: CDHX1320074V du 27 juin 2017 *sur la probité de la vie publique*, § I-1-13 ; CSESS, *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016, Livret 1, p. 2, 6 et 9 ; CSESS, *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016, Livret 2, p. 35-40.

828 V. par ex. DGEFP, AFNOR, *Avec le label diversité, valorisez votre engagement pour prévenir les discriminations*, 2015.

829 M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 321.

830 A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […],*op. cit.*, p. 95.

831 R. –V. JOULE, J. –L. BEAUVOIS, *La soumission librement consentie : comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire?*, Paris, 2006, 5e éd., p. 137 cités par A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […],*op. cit.*, p. 95.

832 A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […],*op. cit.*, p. 96.

833 R. –V. JOULE, J. –L. BEAUVOIS, *La soumission librement consentie […]*, *op. cit.*, p. 72 cités par A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […],*op. cit.*, p. 97.

834 A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […],*op. cit.*, p. 97.

159. Dans le même ordre d'idées, il faut aussi considérer la théorie de la dissonance cognitive. Cette thèse est construite sur le constat que « *l'individu éprouve un inconfort lorsqu'il est confronté à des "cognitions" incompatibles entre elles* »[835]. En pareille situation, « *l'état de tension désagréable ainsi éprouvé motive sa réduction afin d'atteindre un équilibre cognitif (une consonance)* »[836]. Des études de sciences cognitives ont démontré qu'un sujet à qui il est demandé de motiver une idée à laquelle il n'adhère pas, est spontanément amené à tempérer sa position initiale en cherchant à harmoniser le comportement qu'il a eu en défendant quelque chose qu'il désapprouve avec ses propres convictions initiales[837]. Par conséquent, l'individu aurait une propension naturelle à réduire la dissonance cognitive pour tenter de rétablir une cohérence[838]. Cette prédisposition peut être utilisée stratégiquement pour modifier les comportements par le droit souple. En la matière, le « *ressort de l'explication est souvent préféré à celui de la sanction, en ce qu'il cherche à accompagner le changement de conduites vers un comportement acceptable, parmi d'autres, plutôt qu'à punir les conduites considérées comme transgressant le seul modèle acceptable* »[839]. Ainsi, « *la réflexion sur ses propres pratiques, comme la nécessité de les justifier, aurait* […] *la vertu d'entraîner des modifications de pratiques* »[840]. La logique est celle du *comply or explain* contenue à l'article L. 225-37-4 du Code de commerce. Ce dispositif enjoint aux sociétés se référant volontairement à un code de conduite de mentionner dans leur rapport sur le gouvernement d'entreprise les dispositions de ce document qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été[841]. Ce principe rencontre d'autres applications, plus ou moins formalisées. Ainsi, les bonnes pratiques portant sur la diversité impliquent pour l'employeur qui s'y conforme de formaliser et tracer ses *process* de ressources humaines. À partir de là, il doit être en mesure de justifier à tout moment de leur objectivité[842]. Ce faisant, il est obligé de concilier sa conduite avec le principe de non-discrimination. À plus grande échelle, ce principe est fondamental pour la publication d'informations sur la diversité pour les grandes entreprises[843]. En définitive, avec ces ressorts émotionnels et psychologiques, le contenu des actes souples est intériorisé par les acteurs.

---

[835] *Ibid.*, p. 98.
[836] *Ibid.*
[837] S. BAGGIO, *Psychologie sociale*, Bruxelles, De Boeck, 2011, p. 61.
[838] *Ibid.*, p. 60.
[839] P. DEUMIER, « Appliquer, expliquer ou sanctionner ? », *CDE*, n° 4, 2014, p.37-8.
[840] *Ibid.*
[841] 8°, art. L.225-37-4 c. com.
[842] V. par ex. AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges […]*, *op. cit.*, p. 12.
[843] V. *infra* § 228 et suiv.

160. L'intériorisation des comportements promus par les instruments relatifs à la diversité – S. Benisty définit l'intériorisation comme le mécanisme « *par lequel une valeur, et les normes qui en sont les prolongements prescriptifs viennent à être tenues comme respectables par l'individu, comme manifestation du bien et du convenable, indépendamment du point de savoir si ses intérêts seront comblés* »[844]. Avec l'intériorisation, « *une norme est faite sienne par la conscience morale d'un individu* »[845]. En l'occurrence, l'intériorisation des instruments relatifs à la diversité semble favoriser leur effectivité, comme le montrent certains comportements empiriques de leurs destinataires. Il en va ainsi de l'employeur qui apprécie l'attitude d'un salarié ayant tenu des propos injurieux au regard de la Charte de la diversité pour lui imposer des heures de formation ou le licencier[846]. En l'espèce, l'acte est mis en œuvre, mobilisé et sanctionné. Par conséquent, il est intériorisé, ce qui signifie que les principes et les recommandations qu'il véhicule sont incorporés dans les systèmes de valeurs de son destinataire, qui se les approprie. Il modèle son action. La probabilité qu'il soit appliqué est ainsi plus élevée et son effectivité renforcée. Plus le destinataire est proche de l'émetteur, plus le phénomène est fort. L'effectivité de la doctrine administrative par exemple, est forte chez les agents qui s'y conforment en priorité avant les lois et règlements[847]. De la même manière, la filiale française d'une entreprise multinationale attache sans doute autant d'importance au code de conduite de sa maison-mère qu'au Code du travail[848].

161. Si l'effectivité des actes portant sur la diversité semble donc bien assise, cet effet n'est pas le seul produit par ceux-ci.

B – L'effet normatif emprunté au droit dur

162. Position du problème – La normativité ne se réduit pas à prescrire, à interdire ou à autoriser, elle connaît d'autres registres. Un instrument souple peut être « *incitatif* », « *optatif* », « *déclaratoire* », « *proclamatoire* », « *déclamatoire* » ou encore « *inspiratoire* »[849]. Quels que soient leur contenu, leur(s) auteur(s) ou leur forme, ces dispositifs « *ont pour finalité d'infléchir*

---

[844] S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, p. 137.
[845] *Ibid.*, p. 142.
[846] V. respectivement CA Grenoble, 4 octobre 2012, nº 10/05134 ; CA Paris, 29 septembre 2015, nº 13/03196 et CA Orléans, 8 avril 2014, nº 13/03147.
[847] P. COMBEAU, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », *RFDA*, nº 6, 2004, p. 1069-78, spéc. p. 1071.
[848] CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, 2013, p. 19.
[849] C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al.*, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 157 et 161.

la conduite »[850]. Ils sont susceptibles de « *provoquer des comportements, guider des conduites, influencer des pratiques et/ou servir de modèle ou de standard pour juger de ces mêmes comportements, conduites ou pratiques* »[851]. La norme souple « *permet de soutenir l'action en elle-même (le tracé lui-même) et de donner une direction vers un but (la finalité du tracé)* »[852]. Elle relève non pas du « sollen » – le devoir-être –, mais du « sollten » – le devrait-être[853].

163. Appréciation en l'espèce – Cet effet normatif est saillant pour l'organisation dans laquelle l'instrument relatif à la diversité s'applique. Même s'il ne met pas forcément d'obligations positives à la charge de l'employeur, il est général et permanent. Il a une portée *erga omnes*. Pour cette raison, l'acte souple est affublé d'un « *effet "législatif"* »[854], non pas au sens strict de la loi, mais « *dans l'universalité à laquelle tous deux tendent dans leur sphère d'influence et dans l'autorité qu'ils dispensent* »[855]. Qu'il soit charte, label, recommandations ou code, il constitue « *le vécu juridique, c'est-à-dire ce qui se fait effectivement et tient lieu de règle* »[856] dans le périmètre considéré. L'instrument relatif à la diversité a « *un "rôle législatif de fait", dans la mesure où c'est* [lui] *qui fournit les solutions suivies par les acteurs et que celles-ci ont une portée générale, ce qui les apparente à de véritables normes juridiques, c'est-à-dire des règles ayant vocation à régir, et régissant effectivement dans la majorité des cas, un secteur donné de l'activité juridique* »[857]. Cette intention normative est manifeste dans la Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité, puisque les entreprises du syndicat subordonnent toute nouvelle adhésion à l'engagement de respecter ce document. De ce point de vue, il constitue en quelque sorte la « loi » de ce syndicat.

164. L'idée que ce type d'instrument a vocation à régir la vie interne de l'organisation à la manière d'une règle de droit dur est manifeste dans la démarche de conformité qu'il inspire. Il ne s'agit plus seulement de considérer la norme elle-même, mais « *les actions que* [l'organisme] *doit mettre en place pour garantir en toutes circonstances le respect de* [celle-ci], *ou du moins*

---

[850] S. ROUSSEAU, « Le code d'éthique : un instrument de gouvernance créateur de valeur », *CDE*, nº 4, 2014, p. 42-5.
[851] E. MAZUYER, « La force normative des instruments de la RSE », *op. cit.*, p. 578.
[852] C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure […], *op. cit.*, p. 341-371.
[853] A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? […] », *op. cit.*, p. 81.
[854] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 330.
[855] *Ibid.*
[856] J. DEPREZ, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ*, nº 3, 1997, p. 806. V. par ex. LVMH, *Code de conduite*, 2017, p. 6 : « *l'adoption de codes* […] *internes au Groupe* […] *servent de référence à l'ensemble de nos Maisons* ».
[857] J. DEPREZ, « Pratique juridique et pratique sociale […] », *op. cit.*, p. 806.

limiter les risques de méconnaissance »[858]. À cet égard, les instruments relatifs à la diversité opèrent « *une traduction du droit dans le langage interne* [des organisations] *et le mettent en rapport avec* [leurs] *stratégie*[s] »[859]. Ils guident les conduites et déterminent leurs modalités de fonctionnement. Ils sont inscrits dans leurs mécanismes de contrôle interne. Le cas échéant, leur violation peut même être sanctionnée. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, les entreprises adhérentes au syndicat de travail temporaire s'engagent à « *sanctionner* [les] *salariés permanents qui refusent d'appliquer les principes prévus par la présente Charte* »[860]. Dans le même sens, la jurisprudence fait état de salariés qui ont été sanctionnés pour avoir violé la Charte de la diversité[861]. À l'inverse, l'effet normatif peut jouer à l'égard du personnel qui se réclame d'un document portant sur la diversité pour faire valoir ses prétentions dans un conflit qui l'oppose à l'employeur. Dans certaines affaires, des salariés sanctionnés ont tenté de se prévaloir d'un acte relatif à la diversité pour exciper d'un manquement de leur employeur à ses propres engagements. Récemment, une salariée licenciée par l'enseigne de prêt-à-porter féminin qui l'employait pour avoir refusé d'ôter le hidjab qu'elle portait, a semblé – assez maladroitement – suggérer au juge que les justifications avancées par son ex-employeur pour procéder à son licenciement étaient contraires à la Charte de la diversité dont il était signataire[862]. Ces considérations amènent à reconnaître aux instruments relatifs à la diversité un caractère normatif, non pas comme une conséquence autonome de l'acte, mais bien comme la somme de l'ensemble de ses caractéristiques et des effets identifiés jusqu'à présent[863].

---

[858] CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 99.
[859] Ibid.
[860] § 1, Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination […], 18 novembre 2005.
[861] CA Paris, 29 septembre 2015, nº 13/03196. Dans le même sens CA Orléans, 8 avril 2014, nº 13/03147 ; CA Grenoble, 4 octobre 2012, nº 10/05134.
[862] CA Toulouse, 6 septembre 2019, nº 17/01658 : la requérante « *a ajouté que la société Camaïeu n'apportait pas la preuve d'un trouble objectif causé par le comportement de la salariée dès lors qu'en aucune manière, la tenue vestimentaire adoptée par elle arborant un foulard sur sa tête ne saurait être constitutive d'une atteinte à l'image de marque de la société Camaïeu cela d'autant que cette dernière est implantée dans de nombreux pays appliquant plus ou moins la loi islamique imposant aux femmes le port du voile et emploie nécessairement des salariées portant un tel foulard sans pour autant affecter "les valeurs" dont se prévaut Camaïeu sur la scène internationale et même en France en étant signataire de la charte de la diversité* ». V. ég. CA Paris, 22 novembre 2012, nº 10/10229 : cas d'un salarié qui demande au juge d'enjoindre à son employeur de lui remettre un rapport annuel dressé dans le cadre de la Charte de la diversité dont il est signataire, pour, semble-t-il, établir l'existence d'une discrimination à son égard.
[863] En ce sens, M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 331.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

165. Le droit de la régulation relatif à la diversité trouve dans le contrat et le droit souple ses principaux instruments. Cette instrumentation est une composante essentielle du paradigme selon T. Kuhn et les analyses appliquées de Y. Surel. En l'espèce, la contractualisation correspond à la recherche d'outils pragmatiques, souples et adaptables. La recherche de la collaboration entre acteurs inspire la conclusion de conventions-cadres ou de contrats de partenariat. Du sommet à la base, du centre à la périphérie, le contrat permet de donner un cadre aux mesures relatives à la diversité et de les décliner sur le terrain. La technique contractuelle renouvelle également la normativité. Les entreprises et les administrations cherchent à orienter les conduites de leurs cocontractants par l'insertion de clauses portant sur la diversité dans les contrats de marchés publics, les contrats d'affaires ou les conventions de l'audiovisuel. Ce bref panorama montre que lorsque le paradigme de la diversité sert de matrice à la contractualisation, l'instrument est hétéroclite et dépasse volontiers son domaine traditionnel. Tantôt négocié sur un rapport horizontal et peu contraignant, tantôt vertical et plus exigeant, le contrat connaît une gradation. Loin de signifier la forclusion des procédés traditionnels de l'action publique unilatéraux et contraignants, il se situe plutôt dans une relation de continuité avec la loi et non d'opposition. La contractualisation peut participer à la diffusion du droit par l'introduction de clauses rappelant aux parties leurs obligations légales en matière de non-discrimination. Elle peut même en prolonger l'application de manière individualisée et inclusive, dans le cadre des marchés publics ou des conventions négociées entre les éditeurs de services audiovisuels et le CSA. Cette vocation à agir sur le réel, le contrat la partage aussi avec le droit souple.

166. Dans sa généralité, le droit souple s'avère difficile à cerner. L'appréhender sous l'angle de ses effets permet de mettre en lumière ses spécificités. En effet, « *si la vision classique nous incline à distinguer nettement prescription et influence, procédés impératifs et techniques incitatives, mesures de sanction et dispositifs correcteurs* [le droit souple] *subvertit ces classifications et* […] *offre un modèle d'analyse, où se combinent techniques juridiques et pratiques extrajuridiques, certainement plus représentatif de la réalité sociale* »[864]. Sous cet angle, plusieurs indices concourent à l'identification de ces effets : l'auteur, les destinataires, la forme et le contenu de l'acte. À partir de la conjonction de ces critères, il est possible d'envisager les principaux effets juridiques des documents relatifs à la diversité selon leurs

[864] J. –L. AUTIN, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 55.

effets sur le réel et leurs effets en rapport avec le système juridique. En premier lieu, leur effectivité joue sur un ensemble de leviers émotionnels et psychologiques liés à des considérations sociologiques, économiques ou encore juridiques. Ces leviers sont dissuasifs lorsqu'ils reposent sur le risque de dénonciation des affaires, le risque juridique, la sanction sociale ou commerciale. Ils sont persuasifs lorsque leurs destinataires attendent de ces actes des effets vertueux ou qu'ils ont une incidence émotionnelle et psychologique sur les comportements. En second lieu, les actes souples de diversité sont susceptibles de produire des effets empruntés au droit dur. Parce qu'ils servent de modèles, parce qu'ils ont vocation à avoir un effet *erga omnes* et à régir les comportements de leurs destinataires et parce qu'ils subsument tous les effets précédemment identifiés, les instruments relatifs à la diversité ont aussi un effet normatif analogue à celui que connaît le droit dur. Ils constituent du droit souple, un instrument au cœur de l'appareillage juridique du paradigme de la diversité, mais aussi de son fonctionnement.

167. Droit contractuel et droit souple incarnent ainsi les principaux instruments d'un droit de la régulation portant sur la diversité. Ils ne sauraient toutefois s'y réduire dès lors qu'un paradigme se compose de plusieurs composantes, notamment d'hypothèses et d'une méthodologie. Ainsi, sous l'ange formel retenu, le droit de la régulation relatif à la diversité doit être envisagé comme un tout, que met plus précisément en exergue le fonctionnement de ce droit.

CHAPITRE 2
LE FONCTIONNEMENT D'UN DROIT DE LA RÉGULATION

168. Position du problème – Plan – Dans la liste des initiatives portant sur la diversité, il est difficile de démêler les contributions respectives des acteurs publics et privés[865]. Cet entremêlement caractérise naturellement le fonctionnement des normes relatives à la diversité. Le recours à l'outil contractuel par exemple est tantôt initié par des acteurs privés, tantôt par des instances publiques, parfois avec le dessin d'y associer les premiers. Sans préjudice des recommandations distillées par les institutions, le droit souple relatif à la diversité a d'abord été le fait du monde de l'entreprise, avant que ce type d'outil ne fasse l'objet d'une « *contre-capture* »[866] par les pouvoirs publics, selon des modalités variées. Si ces deux cas de figure attestent bien d'une « *coalition de causes* »[867] sur le thème de la diversité entre l'État et les autres acteurs, ce sont pourtant des logiques de fonctionnement différentes qui sont à l'œuvre derrière ces instruments. Sous le prisme d'analyse kuhnien, ces logiques illustrent une autre spécificité du paradigme de la diversité, lequel renvoie dans le champ juridique à des modalités d'actions originales par rapport à la régulation juridique traditionnelle. Ces principes et méthodologie reposent tout d'abord sur le volontarisme et l'autodiscipline des acteurs. Elle débouche sur un droit autorégulé (Section 1). Ce type d'ordre auto-ajusté, « *autoréférentiel* » ou « *auto-organisé* »[868] est ensuite rapatrié dans le champ de l'action publique, qui le complète. Elle consiste alors, pour la puissance publique, à appuyer l'autorégulation des gouvernés. Ces modalités misent sur l'interaction des instruments et des acteurs pour produire des effets d'entraînement. C'est un droit corégulé (Section 2).

169. Pour autant, l'idée d'une séparation rigoureuse entre ces deux « *déclinaisons de la régulation* »[869] est sans doute excessivement simplifiée[870]. Néanmoins, c'est celle qui semble la mieux à même de rendre compte des logiques à l'œuvre. Comme l'écrit la Commission européenne de manière générale, il est nécessaire « *d'envisager la mise en place de* [ces]

---

[865] R. SENAC, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 120.
[866] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et société*, n° 65, 2012, p. 100.
[867] P. SABATIER, E. SCHLAGER, « Les approches cognitives des politiques publiques : perspectives américaines », *RFSP*, n° 50, 2000, p. 222.
[868] M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 79.
[869] P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques » *in* G. AFFAKI, C. ATIAS, A. BARTHE et *al*. (dir.), *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 341.
[870] F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, n° 109, 2004, p. 26.

mécanismes d'autorégulation et de corégulation, sur lesquels les [acteurs] *s'appuient beaucoup pour s'acquitter de leurs responsabilités sociales* »[871].

SECTION 1 – UN DROIT AUTOREGULE

170. Position du problème – Plan – L'État n'est pas le seul pôle de régulation de la société. Par leurs échanges, les différents acteurs sociaux contribuent également à réguler les comportements. L'autorégulation des acteurs privés a pris de l'ampleur parallèlement au mouvement de déréglementation des années 1980 et au repli du système juridique étatique[872]. Dans un environnement juridique pluriel caractérisé par l'éclatement de la production du droit, l'appareillage juridique du paradigme de la diversité est emblématique de cette régulation autonome. Cette logique se caractérise par « *l'élaboration et le respect par les acteurs eux-mêmes de règles qu'ils ont formulées* […] *et dont ils assurent eux-mêmes l'application* »[873]. Le volontarisme (§ 1) et la liberté des acteurs (§ 2) sont au cœur de ce système autopoïétique.

§ 1 – Un droit fondé sur le volontarisme des acteurs

171. Plan – L'autopoïèse est la propriété d'un système à se produire lui-même, en continu et en interaction avec son environnement. Ces caractéristiques placent l'action au centre de l'autorégulation relative à la diversité (A). Son moteur est l'incitation (B).

A – Une logique proactive

172. Consistance – À l'inverse d'une réaction, l'action consiste à induire une situation. Dans la conception traditionnelle du droit et de l'action publique, la lutte contre les discriminations et les inégalités était du rôle de l'État. Avec la régulation relative à la diversité, les « *mis en cause* »[874] eux-mêmes, soit qu'ils sont de potentiels producteurs de discrimination, soit qu'ils contribuent à reproduire les inégalités, se saisissent de la résolution de ces problèmes. Cette

---

[871] COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission européenne au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, 2011*, n° COM (2011) 681 final, § 2, p. 7.
[872] J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 88.
[873] G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFDA*, n° 109, 2004, p. 10.
[874] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 832.

situation induite par les acteurs se caractérise par la production spontanée et volontaire d'instruments traitant de la diversité. Elle conduit au développement de régulations privées et à l'avènement d'un « *droit pluriel* »[875] et polycentrique. À partir de la définition des codes de conduite privés donnée par l'OCDE, ces instruments s'analysent comme des engagements souscrits volontairement par des personnes publiques ou privées, qui fixent des normes et des principes sur le thème de la diversité pour la conduite de leurs activités[876]. Peu importe que les acteurs soient les émetteurs de la norme ou seulement les destinataires. Celle-ci fonctionne sur un mode volontaire : les entreprises, les ONG, les administrations n'ont pas l'obligation de négocier un accord professionnel portant sur la diversité, de conclure une convention, de signer une charte, de candidater au Label, de suivre les recommandations d'une autorité administrative, de se conformer à un code de conduite ou à un référentiel de bonnes pratiques, etc. À l'inverse, rien ne leur interdit de le faire. Ces instruments sont « *élaborés* […] *par des acteurs qui en définitive ne s'autorisent que d'eux-mêmes* »[877], ce qui a pu faire dire que l'organisation « *s'autoproclame législateur sur son espace* »[878]. Ils sont la vitrine d'entités qui affichent publiquement leur volonté de se conformer au droit positif, mais aussi d'aller au-delà, au moins en principe, en poursuivant des objectifs qui ne relèvent pas de leur activité naturelle[879]. Qu'ils se situent dans un rapport de négociation ou d'adhésion, le maître mot de ces instruments est l'autodétermination.

173. La genèse des premiers dispositifs relatifs à la diversité au début des années 2000 illustre parfaitement cette logique proactive. Sans refaire l'historique de ces instruments, il convient de rappeler que si l'idée d'une charte consacrée à la non-discrimination a été proposée par les pouvoirs publics[880], c'est d'un rapport de l'Institut Montaigne que naît le projet d'une Charte

---

[875] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4e éd., 2017, p. 157.
[876] OCDE, *Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu*, Groupe de travail du Comité des échanges, no TD/TC/WP(99) 56/FINAL, 2000, p. 6.
[877] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 47.
[878] I. DAUGAREILH, « Responsabilidad social de las empresas transnacionales : Análisis crítico y prospectiva jurídica », *Cuadernos de relaciones laborales*, no 1, 2009, p. 93-123.
[879] En ce sens, J. –M SAUVE, « Compliance, droit public et juge administratif » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, 2017, p. 48.
[880] V. par ex. J. AUCLAIR, proposition de loi no 256 *relative à la lutte contre les discriminations*, débats parlementaires en 2ème lecture, 3ème séance du 3 avril 2001, Assemblée nationale, JORF, no 18 (3), 4 avril 2001, p. 1719-20. La même année sont mises en place des chartes de lutte contre les discriminations dans le cadre des contrats de ville par le comité interministériel des villes.

de la diversité[881]. Le document a été élaboré au sein de l'Association française des entreprises privées (AFEP), avec la participation de plusieurs grandes sociétés, soucieuses de maintenir l'action publique à distance et préférant l'autoajustement à l'encadrement par la loi. Sous ce rapport, la Charte peut être lue comme un signal envoyé aux pouvoirs publics pour démontrer la capacité des entreprises à s'autoréguler quant aux problèmes des discriminations et de l'égalité des chances[882]. En agissant ainsi, les milieux patronaux se sont inspirés des démarches des firmes multinationales étatsuniennes et canadiennes qui, vingt ans auparavant, avaient agi de même. À ses débuts, la Charte est signée par une trentaine de grandes entreprises et PME. Elle comptabilise plus de 4 000 signatures en 2020 et fédère des organisations de toute nature (entreprises, associations, collectivités, établissements publics, etc.)[883]. Composée de 6 engagements, elle promeut la sensibilisation et la formation des responsables aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité, l'application du principe de non-discrimination, la représentation de la diversité de la société française, la communication sur cet engagement, le dialogue social et l'évaluation régulière des progrès réalisés. Un secrétariat général installé au sein de l'ONG « Les entreprises pour la cité » assure le portage de la Charte. Il est chargé de sa promotion, de diffuser les outils et de recenser les bonnes pratiques, ainsi que de centraliser les signatures. Au début du XXI^{e} siècle, ce volontarisme normatif ne se limite pas au milieu des affaires. Une charte d'engagements analogue est signée par des syndicats en janvier 2005[884]. La même année, les acteurs privés associent les pouvoirs publics à leur démarche. Le syndicat des entreprises de travail temporaire signe une Charte pour l'égalité de traitement, la non-discrimination et la diversité qui reçoit une déclinaison dans le service public de l'emploi[885].

174. À la même époque, l'autorégulation normative connaît une autre déclinaison avec la négociation collective portant sur la diversité. Exploitée par les entreprises et les partenaires sociaux avec quelques accords pionniers à partir de 2004, elle trouve une consécration avec l'ANI relatif à la diversité dans l'entreprise de 2006 étendu en 2008[886]. La loi n'impose pas de

---

[881] Y. SABEG, L. MEHAIGNERIE, *Les oubliés de l'égalité des chances. Participation, pluralité, assimilation… ou repli ?*, Institut Montaigne, 2004, p. 19 et spéc. 123.
[882] R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail », *Développement durable et territoires*, 2006, § 19.
[883] La liste est consultable ici https://www.charte-diversite.com/signataires/ (consulté le 18 janvier 2021).
[884] Charte syndicale pour l'égalité de traitement, la non discrimination et la diversité, 26 janvier 2005. Le document est reproduit *in* I. VAN DE WALLE, X. MORDRET, *De la charte de la diversité à la labellisation. L'Etat et les entreprises dans la négociation d'une politique de la diversité*, CREDOC, 2008, p. 37.
[885] Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination […] ; Charte du service public de l'emploi contre les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité, 18 novembre 2005.
[886] V. not. PSA, *Accord sur la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 8 septembre 2004 ; ÉTAT, FASILD, SETT, *Accord-cadre visant à prévenir les discriminations et à promouvoir la diversité dans les entreprises du*

négociation collective sur le thème de la diversité. C'est donc la liberté contractuelle qui prévaut[887], sans préjudice des exigences du Code du travail de négociation quadriennale sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes en entreprise[888] ou de l'existence de clauses sur l'égalité de traitement entre salariés et sur la prévention des discriminations nécessaires à l'extension d'une convention de branche[889]. Alors que la régulation des relations sociales en droit du travail provient pour l'essentiel de lois et règlements, l'impulsion donnée par ces accords perdure encore aujourd'hui[890]. À l'époque, la conjoncture est favorable : adoption de loi pour l'égalité des chances[891] et de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes[892], signature de l'ANI sur la mixité et l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes[893] et de l'ANI portant sur le maintien et le retour dans l'emploi des seniors[894], lancement de la Charte de la diversité, premières expérimentations privées du CV anonyme[895], déploiement d'outils statistiques à la télévision[896], etc. L'ANI affirme l'autodétermination des entrepreneurs, salariés, représentants des organisations syndicales, clients avec la « *volonté politique* […] *de faire évoluer les mentalités, de lutter contre les stéréotypes et de mettre en œuvre des actions concrètes par une démarche volontariste* »[897]. Il appelle les organisations syndicales et les entreprises à négocier sur le thème de la diversité[898]. Le rôle joué par cet accord dans l'essor de la négociation collective portant sur la diversité doit

---

secteur de l'intérim et auprès de leurs entreprises clientes, 3 février 2005 ; ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006 ; arr. nº NOR : MTST0804775A du 22 février 2008 *portant extension de l'accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise*. Seuls 5 accords sont dénombrés entre la fin de l'année 2004 et le début de l'année 2006. V. IMS-ENTREPRENDRE POUR LA CITE, *Analyse du contenu des accords d'entreprises en lien avec la diversité en France*, 2006, p. 3 ; E. LEPINARD, P. SIMON, *From integration to antidiscrimination… to diversity? Antidiscrimination politics and policies in French workplaces*, Commission européenne, 2008, p. 17.

[887] L'accord collectif traite un ou plusieurs sujets déterminés relatifs aux conditions d'emploi, à la formation professionnelle et de travail ainsi qu'aux garanties sociales (art. L. 2221-2 c. trav.). Il peut être conclu au niveau interprofessionnel, professionnel, de l'établissement ou de l'entreprise.

[888] Art. L. 2242-1 c. trav.

[889] Art. L. 2261-22— II-10º, c. trav.

[890] V. par ex. FEDERATION FRANÇAISE DE L'ASSURANCE, *Accord Mixité-diversité et Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les sociétés d'assurances*, 2 octobre 2020.

[891] Loi nº 2006-396 du 31 mars 2006 *pour l'égalité des chances.*

[892] Loi nº 2006-340 du 23 mars 2006 *relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*.

[893] *ANI relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes*, 1er mars 2004.

[894] *ANI sur l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi*, 9 mars 2006.

[895] Par la société AXA. V. P. – Y. VERKINDT, « L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale », *op. cit.*.

[896] CSA, *La représentation de la diversité des origines et des cultures à la télévision et à la radio. Bilan 2005*, 2006.

[897] § 15, préambule, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.

[898] Art. 9 et 10, al. 2, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006. Pour un aperçu, v. H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination. Études de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, DARES, nº 182, 2014.

sans doute aussi à l'initiative de la Charte syndicale pour l'égalité de traitement, la non-discrimination et la diversité de janvier 2005 précitée. Les organisations syndicales y interpellent directement les acteurs publics et privés en exigeant « *l'ouverture de négociations nationales "pour l'égalité de traitement, la non-discrimination et la diversité" dans l'emploi* »[899] et invitent « *les entreprises du privé* [et] *du public, ainsi que les fonctions publiques "à négocier des accords pour la mise en œuvre effective des droits pour l'égalité de traitement, la non-discrimination et la diversité"* »[900].

175. Cette logique proactive ne se limite pas à l'emploi et pénètre l'enseignement supérieur dès 2001, avec les CEP de Sciences Po Paris. Elle n'a cessé de s'étendre ensuite au grès de diverses conventions de partenariat et plus récemment des labellisations sur la diversité des personnes publiques[901]. Comme aux États-Unis, les mesures prises dans l'enseignement supérieur n'émanent pas des pouvoirs publics. Ce sont les établissements eux-mêmes qui appuient ces actions afin de diversifier leurs effectifs. Toutefois, l'initiative de l'IEP a très vite reçu l'onction du législateur qui a consacré *ex post* cette expérimentation volontaire[902]. Si la conclusion de CEP demeure une faculté pour cet établissement, ce dispositif invite à dépasser une opposition un peu caricaturale entre droit souple, droit conventionnel et droit dur, en montrant que l'autoajustement des acteurs n'est pas toujours exclusif de la loi ou du règlement.

176. L'expression d'un pluralisme normatif – Si elle ne vaut pas *urbi et orbi*, l'un des traits saillants de l'appareillage juridique du paradigme de la diversité reste néanmoins de laisser aux acteurs la liberté de s'impliquer : la démarche est autorégulée. Cette liberté d'implication est le reflet du pluralisme qui domine la production du droit. Le repli de l'ordre juridique crée un espace de liberté que les systèmes juridiques d'origine privée investissent pour donner naissance à un « *droit paraétatique* »[903]. Parallèlement, le polycentrisme et la segmentation ont gagné les structures publiques entrainant avec elles la diversification des foyers de production du droit au sein même de l'État et l'avènement d'un « *droit infraétatique* »[904]. Ainsi, l'autorégulation relative à la diversité se développe dans ce que M. Delmas-Marty qualifie de « *nouvel espace "non euclidien", conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon*

---

[899] I. VAN DE WALLE, X. MORDRET, *De la charte de la diversité à la labellisation […], op. cit.*, p. 37.
[900] *Ibid.*
[901] V. AFNOR, *Liste des organismes labellisés diversité au 1er avril 2021*, 2021.
[902] Art. 14, loi nº 2001-624 du 17 juillet 2001 *portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* ; art. L. 621-3 c. éduc.
[903] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 164.
[904] *Ibid.*, p. 167.

des connexions multiples »[905]. Dans ce contexte, l'inflation normative des instruments portant sur la diversité est démultipliée. Les dispositifs en question ne forment pas un édifice cohérent, formé de niveaux superposés et hiérarchisés de style pyramidal. Discontinus, enchevêtrés, inscrits dans des espaces juridiques multiples, ils ne s'articulent pas forcément de manière logique. Ils correspondent plutôt à une « *juxtaposition de dispositifs de régulation dotés d'une autonomie constitutive et gouvernés par une rationalité spécifique* »[906]. Par conséquent, leur coexistence ne relève pas de l'évidence. Elle nécessite d'assurer la communication et l'échange entre ces espaces juridiques. À cet égard, les bonnes pratiques relatives à la diversité promues dans ces instruments assurent la circulation des modèles normatifs et harmonisent leurs usages[907]. Les rhétoriques de la diversité remplissent une fonction analogue s'agissant de susciter et d'entretenir le volontarisme des acteurs.

B – Un moteur incitatif

177. Consistance – L'action est inséparable de son moteur, l'incitation. En effet, l'adhésion « *est au principe même de l'idée d'"autorégulation"* […] *les régulés étant en même temps les régulateurs* »[908]. Le crédo des normes relatives à la diversité est « *de convaincre plutôt que de contraindre* »[909]. C'est pourquoi, si les objectifs poursuivis avec la lutte contre les discriminations et les inégalités socioéconomiques ne diffèrent guère de ceux visés par des voies traditionnelles de régulation, ces normes ne jouent pas sur les mêmes ressorts d'action : orienter, proposer, convaincre, prévenir et sensibiliser plutôt que contraindre, connaître pour corriger plutôt que sanctionner. L'idée est de peser sur les mentalités, de donner une impulsion[910]. Il s'agit de produire de la mobilisation et du dialogue pour stimuler et guider les conduites. Cette dimension transparaît clairement à travers le vocabulaire employé tant dans les

[905] M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 84.
[906] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 172.
[907] Sur la circulation des modèles normatifs, P. BOURGUE, C. MONTAGNE (dir.), *La circulation des modèles normatifs*, Fontaine, PUG, 2017.
[908] J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 88.
[909] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, p. 464. V. les propos de Y. Sabeg *in* A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010, p. 178.
[910] F. FAVENNEC-HERY, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *DS*, n° 1, 2007, p. 3-7 ; F. FAVENNEC-HERY, « Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise », *JCP S*, n° 47, 2006, p. 7-10.

normes relatives à la diversité que dans les discours qui les accompagnent[911] : s'engager, s'impliquer, prise de conscience, insuffler, mobiliser, sensibiliser, promouvoir, favoriser, volonté, etc.[912]. Les cibles de ces démarches volontaires sont les instances dirigeantes qu'il s'agit de convaincre de l'intérêt de la démarche[913]. Sans préjudice d'autres leviers qui sont susceptibles d'être mobilisés, notamment par les pouvoirs publics[914], tout un travail discursif fondé sur la démonstration de l'utilité de la diversité a été effectué pour imbriquer la cause de ces instruments normatifs dans les préoccupations des organisations. Pour l'auteure d'un rapport au gouvernement sur la lutte contre les discriminations, « *la seule réponse vraiment efficace aux discriminations à l'embauche réside dans l'évolution des mentalités, et par conséquent la sensibilisation, en négatif, à l'interdiction des discriminations, et en positif, à l'apport de la diversité* »[915]. Un tel argumentaire témoigne de la recherche d'une meilleure effectivité de la norme dans les référentiels du management, donc des acteurs[916]. La rhétorique déployée s'inscrit pleinement dans le champ du libéralisme[917]. Elle fait « *appel à la "corde sensible" des destinataires* »[918] pour les pousser à prendre conscience d'intérêts stratégiques attachés au modèle de la diversité. La formalisation d'un acte portant sur la diversité s'intègre à la stratégie RSO des organisations et suscite des attentes en matière de performances économiques, de gestion RH et de conformité au droit positif[919]. Elle épouse aussi des préoccupations éthiques de justice sociale et d'exemplarité. Ces répertoires d'incitation ont déjà été identifiés comme étant les principaux leviers vertueux d'effectivité du droit souple, auxquels s'ajoutent les ressorts psychologiques et émotionnels de l'imitation ou de la manipulation, mais leur portée ne se limite pas à ce type de normes. Ces ressorts incitatifs dépassent la seule

---

911 V. par ex. exposé des motifs et art. 1er, SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers du 27 juin 2006 – Textes Attachés – Accord du 19 avril 2018 relatif à la diversité et à l'égalité des chances*, p. 1.

912 V. par ex. Charte de la diversité, 2018.

913 V. par ex. APEC, « Représentations et pratiques de diversité dans les entreprises », *Les études de l'emploi cadre*, n° 82, 2015, p. 5.

914 V. *infra* § 207 et suiv.

915 L. PECAUT-RIVOLIER, *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, 2013, p. 62.

916 A. AMINTAS, A. JUNTER, « L'égalité prise au piège de la rhétorique managériale », *Cahiers du Genre*, 2009, n° 47, p. 114.

917 A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 329-30.

918 D. MARDON, « *Soft law*, droits fondamentaux et légitimité » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 144.

919 OBEA, *Bilan diversité 2019. Enquête auprès des signataires de la Charte de la Diversité*, 2019, p. 7 ; DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, p. 23-4 ; A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014, p. 12-21 ; H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination*, *op. cit.*, p. 23-4.

effectivité de l'acte ; ils en sont aussi à l'origine. À cet égard, les réseaux professionnels publics et privés collaborent pour élaborer un discours performatif et produire une expertise sur le sujet. Souvent soutenus par des personnalités fortes, ils assurent la diffusion de ces rhétoriques dont les pouvoirs publics se font l'écho sur la scène publique et juridique[920]. Le caractère endogène de ces arguments leur donne une forte légitimité auprès de leurs pairs et assure la diffusion et la reproduction des normes relatives à la diversité. Chartes, label, conventions, référentiels de bonnes pratiques ou codes de conduite forment ainsi un maillage suffisamment dense et attractif pour capter toutes les bonnes volontés. En 2015, près de 90 % des acteurs de l'emploi interrogés par le Défenseur des droits assuraient avoir signé une charte, adhéré à un label, conclu des partenariats ou des accords professionnels, etc. sur ce thème[921].

§ 2 – Un droit fondé sur la liberté des acteurs

178. Position du problème – Plan – Le paradigme de la diversité renouvelle les rapports entre droit et politique, les acteurs étant capables d'inventer les règles dont ils ont besoin pour répondre aux objectifs qu'ils se sont fixés. Le phénomène laisse une importante liberté normative aux émetteurs, comme aux destinataires de la norme. Par liberté normative, il faut entendre la liberté formelle de définir l'instrument normatif portant sur la diversité. Ce peut être une charte, un code, un accord ou une convention collective par exemple. La liberté normative correspond aussi à la liberté matérielle de définir le contenu ou le sens pratique donné à la norme. Si cette marge de manœuvre est susceptible de varier selon qu'elle est exogène ou endogène à son destinataire, l'autonomie et la liberté demeurent la clé de voute de ces dispositifs. Cette liberté est intimement liée à la manière dont les destinataires les réceptionnent, c'est-à-dire « *acceptent effectivement de les accueillir* […] *de les intégrer, de les utiliser, de les mobiliser, ou encore de se les approprier afin de régler sur eux leurs actions, leurs conduites ou leurs raisonnements* »[922]. Par conséquent, les acteurs sont libres de proposer une définition

[920] V. par ex. l'enquête sur la diffusion locale de la Charte de la diversité *in* M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 61-5.
[921] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit*., p. 24.
[922] C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al*., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 97.

du problème à traiter, de fixer des objectifs, de concevoir les stratégies et de définir les moyens pour les atteindre et évaluer les résultats[923].

179. Lorsque le destinataire n'est pas l'auteur de la norme, l'autonomie dont il jouit est rendue possible par le fait que les instruments relatifs à la diversité contiennent généralement peu ou pas d'obligations, à l'exception des cas où le législateur a entendu définir précisément le régime juridique d'un dispositif, notamment dans l'emploi public[924]. Le contenu normatif de ces documents se réduit souvent à des orientations et à des rappels de la législation. Dans ces conditions, leurs destinataires sont libres de les appliquer comme bon leur semble ou de les ignorer. Les référentiels de bonnes pratiques en sont un bon exemple, puisque les acteurs s'en inspirent comme ils l'entendent. Lorsque l'instrument est négocié, la liberté des parties se substitue à la volonté créatrice unilatérale.

180. L'étude des pratiques des acteurs a donné naissance à une branche des sciences de gestion, appelée gestion de la diversité, axée notamment sur l'ensemble des processus de management visant à atteindre l'égalité des chances et la non-discrimination[925]. Cette gestion se caractérise par une mise en œuvre empirique hétérogène, fluctuante et décentralisée des instruments relatifs à la diversité. Elle est propre au contexte, aux activités, aux enjeux et à la configuration que connaissent les organisations[926]. Elle épouse la logique d'une « *diversité à la carte* »[927]. En ce sens, le MEDEF défend l'idée que les pouvoirs publics doivent « *laisser* [à l'entreprise] *le choix des publics, de la méthode, du rythme* »[928], car ses « *engagements* […] *en faveur de la diversité doivent répondre à ses besoins* »[929] et être développés « *à sa manière et selon ses priorités* »[930]. Ainsi, les mesures adoptées et mises en œuvre « *différeront d'une société de nettoyage à une SS2I* [société de services en ingénierie informatique], *de la région parisienne à l'Auvergne, en fonction* […] *de la volonté* [des] *dirigeants* »[931]. D'une certaine

---

[923] Sur la conception d'une politique de diversité, v. par ex. I. BARTH, C. MATHIEU, *Concevoir et déployer des actions en diversité : Étude des conditions d'une politique de la diversité*, AFMD, 2009 ; MEDEF, *Promotion des diversités…entreprendre autrement*, 2014.
[924] V. par ex. les CPI, le PACTE ou plus récemment les contrats PrAB. V. *infra* § 433 et suiv.
[925] V. par ex. A. CORNET, P. WARLAND, *La gestion de la diversité des ressources humaines dans les entreprises et organisations*, Lièges, Édition de l'Université de Liège, 2008, p. 11.
[926] I. BARTH, *Manager la diversité : de la lutte contre les discriminations au leadership inclusif*, Malakoff, Dunod, 2018, p. 50.
[927] M. DOYTCHEVA, « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises », *Raisons politiques*, nº 35, 2009, p. 122-3.
[928] MEDEF, *Promotion des diversités…entreprendre autrement*, 2014, p. 11.
[929] *Ibid.*
[930] *Ibid.*, p. 12.
[931] H. GUYOT, « La diversité dans l'entreprise », *JCP S*, nº 16, 2012, p. 13-7.

manière, il y a donc autant de normes ayant pour objet la diversité, ou tout du moins de façon de les appliquer, que d'organisations. Une analyse plus fine des pratiques nécessiterait sans doute de recourir à des enquêtes de terrain. À défaut, il est déjà possible de se livrer à un certain nombre de constatations qui rendent compte des implications de normes dont le maître mot est l'autoajustement. Dans ce cadre où domine la liberté, la définition des dispositifs portant sur la diversité est laissée à la discrétion des organisations (A), de même que leur suivi (B).

A – La liberté de définir la norme et de s'y conformer

181. Position du problème – Plan – Le principe est celui de la liberté. Liberté de définir la norme pour son auteur. Liberté de l'appliquer comme bon leur semble par ses destinataires. Ces caractéristiques se traduisent notamment à travers la définition par les acteurs des objectifs poursuivis et des moyens pour les atteindre (1), mais aussi celle des publics visés (2).

1 – La définition des objectifs et des moyens

182. La latitude laissée par la norme – La lecture des instruments relatifs à la diversité montre que la diversité est rarement définie par les auteurs de l'acte[932]. Ce silence « *participe du sentiment que la diversité est* […] *polysémique, réceptacle d'intentions et d'actions très variées* »[933]. Chaque lecture, chaque nuance de définition reflètent une approche singulière[934]. Comme le résume un auteur, « *chacun comprend ce qu'il a envie de comprendre. Chacun n'y trouve que ce qu'il y apporte* »[935]. Cette latitude laissée aux destinataires favorise l'enchevêtrement des objectifs de lutte contre les discriminations et d'égalité des chances perceptible à la lecture des trois piliers originels que sont la Charte de la diversité, l'ANI relatif à la diversité et le Label diversité, mais aussi dans les normes voisines. Il n'est pas rare par exemple de trouver ces objectifs imbriqués dans les titres donnés aux instruments portant sur la diversité[936].

---

[932] V. par ex. H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 24 ; S. POINT, « La charte de la diversité regards sur le discours des entreprises signataires », *Management & Avenir*, n° 8, 2006, p. 71-2.

[933] H. GARNER-MOYER, *Réflexions autour du concept de diversité. Éclairer pour mieux agir*, AFMD, 2012, p. 37.

[934] En ce sens, A. HAAS, S. SHIMADA, « (Re) définir la diversité : de la représentativité à la gestion de l'altérité », *Cahier de recherche*, Chaire management et diversité de la Fondation Paris-Dauphine, n° 1, 2010, p. 4.

[935] P. BANON, *Réinventions les diversités : pour un management éthique des différences*, Paris, First Éd., 2013, p. 65-6.

[936] V. par ex. ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE, *Accord pour la non-discrimination, l'égalité de traitement et la diversité dans le cadre des activités de mise à l'emploi des entreprises de travail temporaire*, 6 juillet 2007.

183. Nonobstant les confusions qu'elle entretient sur les finalités poursuivies, cette situation a des conséquences sur l'application de la norme. De manière générale, une incertitude existe lorsqu'un même instrument concentre des éléments de nature différente, sans les distinguer clairement. Parce qu'ils ne se situent pas d'emblée dans les catégories juridiques bien arrêtées du droit, ce contenu normatif relatif à la diversité se caractérise par un certain flottement, qui peut affecter ses effets dans une perspective variable et graduée. Les risques sont alors ceux de la dilution du droit et de la perte de ses frontières[937]. Sur cette question, la norme ISO 26000[938] invite à distinguer les déclarations d'intentions, à savoir les valeurs de l'organisation qui reflètent sa responsabilité sociale, d'autres normes organisationnelles prescrivant un comportement particulier[939]. La circulaire sur les chartes éthiques se réfère quant à elle à la formulation du texte pour départager les énoncés incantatoires (« *Sanofi s'engage à promouvoir la diversité* »[940]), des dispositions plus précises dotées d'une portée pratique (« *l'Autorité compétente doit proposer aux organisations syndicales d'être associées à la mise en œuvre de la politique diversité* »[941]), des obligations véritablement prescriptives et générales (l'accord « *vise* […] *à garantir aux salariés la non-discrimination* »[942]).

184. Les conséquences : l'hétérogénéité des pratiques – La faiblesse de ce balisage débouche en pratique sur des alternatives et des divergences de conception et de mise en œuvre des normes relatives à la diversité[943]. Les organisations ont souvent des difficultés à aborder concrètement ce thème. Elles ne savent pas toujours quels outils utiliser ou quelles actions

---

937 En ce sens, C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, n° 4, 2003, p. 599-628.

938 Il s'agit d'une norme technique établissant des lignes directrices relative à la RSE et plus généralement à la responsabilité des organisations (collectivités, syndicats, ONG, etc.). Elle définit comment les organismes peuvent contribuer au développement durable, en veillant notamment à la diversité. Elle est publiée depuis 2010. V. par ex. AFNOR, *L'ISO 26000 en 10 questions*, 2016 ; M. AUBRUN, F. BERMOND, *ISO 26 000 Responsabilité sociétale. Comprendre, déployer, évaluer*, AFNOR, 2010 ; J. IGALENS, « La norme ISO 26000 : vers une gouvernance mondiale par les normes ? » *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN, *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 89-96 ; F. LARONZE, « 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 », *DS*, n° 4, 2013, p. 345-52.

939 P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, n° 23, 2013, p. 1564-70.

940 SANOFI, *Code d'éthique. Notre engagement à agir avec intégrité*, 2019, p. 17.

941 AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges 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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 9.

942 Art. 1er, *ANI relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.

943 E. QUERNEZ, « "Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés" Les catégories entrepreneuriales de promotion de la "diversité" » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, Y. L'HORTY (dir.), *Critères, catégories et stéréotypes. Discriminations : état de la recherche*, Paris, Colloque de l'ARDIS, 9 octobre 2015, p. 9.

mettre en œuvre[944]. La complexité du droit antidiscriminatoire explique sans doute en partie ces hésitations, de même que l'absence de véritable cadrage de lutte contre les discriminations par les pouvoirs publics[945]. Toute une série de bonnes pratiques émane des institutions ou des groupements professionnels justement pour éclairer et guider les opérateurs de la diversité[946]. Néanmoins, le choix reste du ressort des acteurs organisationnels. Chacun traite le sujet à sa façon, en cohérence avec son environnement, sa culture organisationnelle, sa vision et ses objectifs stratégiques[947]. Ce travail de définition est le fruit de l'interaction de nombreux professionnels au sein des organisations[948]. Il commence généralement par un état des lieux consistant à clarifier les objectifs et établir un diagnostic portant sur la diversité du personnel, les pratiques, etc.[949]. Cet état des lieux, qui peut aussi être réalisé auprès des usagers, permet à l'entreprise, au bailleur social, à l'agence d'intérim, à l'école, au service public concerné d'être vigilante et de construire des actions adaptées[950]. Ces plans sont dotés de moyens humains, matériels et financiers, très aléatoires d'une structure à une autre[951]. Il en résulte une forte hétérogénéité des pratiques et toutes ne se valent pas. La composition d'un jury de recrutement par exemple, le positionnement de l'organisation sur l'admission des pratiques religieuses ou encore les échéances laissées aux services RH pour atteindre un objectif de parité sur les postes d'encadrement variant significativement d'un organisme ou d'un DRH à un autre[952].

185. L'appui de systèmes de gestion standardisée – Pour prévenir les difficultés liées à la définition et à la déclinaison opérationnelle de la norme, les acteurs peuvent s'appuyer sur un système de gestion standardisé issu de la normalisation. Cette notion est définie en France comme « *une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence*

---

[944] V. par ex. D. CROCHU, « Elisabeth Moreno : "Cet Index #diversité vient en complément de l'approche de Mixity que vous avez développée et que je tiens à saluer" », *Blog.mixity.com*, 21 avril 2021.
[945] P. THIEBART, D. DAVID, « La discrimination au travail : ce qui change », *JCP S*, n° 10, 2017, p. 21-9.
[946] V. par ex. CFDT, INTERCE FORCES, *Construire un accord d'entreprise sur la diversité et contre les discriminations*, 2007 ; C. MATHIEU, I. BARTH, *Concevoir et déployer des actions en diversité : Etude des conditions d'une politique de la diversité*, AFMD, ACSÉ, 2009 ; ORSE, *Répertoire. Prévention des discriminations et promotion de la diversité dans les entreprises*, 2011 ; A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014.
[947] Pour un aperçu S. PERUGIEN, *La construction d'une culture organisationnelle en faveur de la diversité dans l'enseignement supérieur. Monographie d'une recherche-intervention menée au sein d'une business school française*, Strasbourg, Thèse de doctorat en sciences de gestion, Université de Strasbourg, 2015.
[948] M. G. BRUNA, « L'heptagone de la diversité : dynamiques stratégiques et jeux d'acteurs dans la conduite d'une politique de diversité », *Management & Sciences Sociales*, n° 17, 2014, p. 69-86.
[949] V. *infra* § 554 et suiv.
[950] V. par ex. art. 3.3, PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015, p. 12-3.
[951] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 109.
[952] E. QUERNEZ, « "Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés" […] », *op. cit.*, p. 9.

élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatifs à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable »[953]. L'essor de la normalisation est tel que le phénomène est en passe de devenir « *une nouvelle source du droit* »[954] selon la doctrine. Parmi les normes techniques auxquelles les organisations peuvent se référer en matière de diversité, il est possible de mentionner la norme ISO 26000 ou la norme SA 8000[955]. Ces normes présentent essentiellement un intérêt dans leur fonction de gestion. Les lignes directrices de l'ISO 26000 donnent « *la mesure des choses qu'il serait souhaitable, opportun, mais non obligatoire, de réaliser* »[956] en la matière. Elle ne peut pas être certifiée. La norme SA 8000 appuie l'action des organisations pour les aider à se conformer aux conventions de l'OIT sur les droits fondamentaux des travailleurs. Elle peut être certifiée. Ces deux systèmes de gestion ont pour points communs d'établir une politique claire et détaillée, de prévoir l'allocation de ressources humaines, de concevoir et de proposer des mécanismes de contrôle, l'établissement de rapports et l'adoption de mesures correctives incluant des programmes de formation[957]. Le Label diversité fonctionne également comme une norme technique, certifiée par l'AFNOR[958]. Cette association a aussi développé en 2008 une norme plus exigeante, la norme NF X50-784 relative à la « *Politique des ressources humaines pour la promotion de la diversité et la prévention des discriminations – Critères et engagements* »[959], dont le cahier des charges est plus précis que

[953] Art. 1er, décr. nº 2009-697 du 16 juin 2009 *relatif à la normalisation*.
[954] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 203.
[955] Elle est une norme internationale de protection des droits de l'Homme, qui peut être certifiée. Elle vise à encourager les organisations à développer, maintenir et adopter des pratiques socialement acceptables en milieu de travail. Elle a été élaborée en 1989 par une ONG, le *Council Economic Priorities Accredition Agency*, devenue la *Social Accountability International* (SAI). Elle peut être appliquée à toute société. Elle traite notamment des discriminations. Elle s'appuie sur la Convention nº 111 de l'OIT concernant la discrimination.
[956] P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD*, t. 25, 1980, p. 101.
[957] OIT, *Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite, le "label" social et d'autres initiatives émanant du secteur privé en rapport avec les questions sociales, Groupe de travail sur la dimension sociale de la libéralisation du commerce international*, nº GB.273/WP/SDL/1 (Rev.1), 1998, § 63.
[958] V. *infra* § 202 et suiv.
[959] AFNOR, *Politique des ressources humaines pour la promotion de la diversité et de la prévention des discriminations – Critères et engagements*, Norme NF X50-784, 2016.

celui de la labellisation[960]. Dans la même veine, une norme « *Mesurer les effets d'une politique diversité* »[961] est proposée à l'achat depuis 2013.

186. En l'espèce, le recours à la normalisation conforte et renforce le phénomène d'autorégulation. D'une part, ces systèmes sont conçus et appliqués de manière volontaire[962]. Dépourvus de toute force contraignante, ils se distinguent des règles techniques imposées par l'administration[963]. Ils émanent d'un pouvoir protéiforme et multipartite, autre illustration d'un droit pluriel repoussant un peu plus encore la conception moniste du droit se confondant avec l'État[964]. D'autre part, la normalisation conforte l'incidence des ressorts incitatifs rencontrés précédemment. Les influences mimétiques des acteurs jouent en faveur de l'adoption d'actes portant sur la diversité, mais aussi pour leur mise en œuvre. Les organismes qui ont des pratiques similaires intègrent un cercle d'initiés que la normalisation vient justement conforter en leur donnant une visibilité[965]. La norme n'est pas juridiquement obligatoire, mais le devient en fait, car les acteurs ont intérêt à s'y conformer pour pouvoir utiliser cette référence à titre d'argument compétitif ou parce qu'elle sera déterminante vis-à-vis des attentes des parties prenantes[966]. Partant, si la normalisation induit une certaine contrainte, « *elle est* […] *une contrainte acceptée, car profitable* »[967]. Par conséquent, si ces systèmes de gestion dépassent les seuls objectifs associés aux actions en faveur de la diversité, ils en prolongent aussi les enjeux.

---

[960] S. BENICHOU, D. SABBAGH, I. KOHLER, *Égalité de traitement dans l'emploi : Les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine*, French-American Foundation, 2009, p. 29, NBP 37.

[961] AFNOR, *Politique des ressources humaines pour la promotion de la diversité et de la prévention des discriminations – Mesurer les effets d'une politique diversité – Politique des ressources humaines pour la promotion de la diversité de la prévention des discriminations*, Norme NF X50-902, 2013.

[962] Sauf exception, ce qui concernait 350 normes sur 35 000 en 2013. V. O. PEYRAT, C. LELART, « L'utilisation des normes volontaires dans la réglementation » *in* CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 275.

[963] M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA*, n° 4, 2005, p. 738-51.

[964] Il s'agit des instituts nationaux de normalisation les plus représentatifs à l'échelle du territoire pour la norme ISO et au sein d'une ONG américaine, le Council Economic Priorities Accredition Agency (CEPAA), aujourd'hui Social Accountability International pour le SA8000.

[965] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016, p. 361.

[966] G. MARCOU, « La procédure de normalisation et l'innovation », *RFDA*, n° 1, 2011, p. 135-40 ; C. H. BESSEYRE DES HORTS, P. VIVIEN, « Les attentes des parties prenantes » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 117-24.

[967] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 362.

2 – La définition des publics visés

187. L'approche incrémentale – Tout se passe comme si l'autorégulation ouvrait dans les organisations un espace de liberté donnant à chacune l'opportunité de construire et d'appliquer sa propre conception de la diversité. Ainsi, si la diversité est rarement définie, elle est parfois déterminée par ce qui la compose, par ce qui varie dans les caractéristiques ou les profils des individus. Dès l'origine, la logique catégorielle est privilégiée dans la Charte de la diversité et l'ANI relatif à la diversité, au profit d'une « *diversité sociale, culturelle et ethnique dans l'entreprise* »[968]. Ce choix d'une dimension ethno-raciale de la diversité était déjà retenu dans la fonction publique et l'audiovisuel[969]. Pourtant, très rapidement, le paradigme de la diversité connaît une extension sémantique qui se répercute dans sa traduction instrumentale. Avec le Label diversité, le spectre français des composantes de la diversité est clairement rattaché dans son principe à l'ensemble des critères de discrimination. Les dispositifs concomitants ou postérieurs se revendiquent de l'ensemble des motifs de discriminations, mais n'excluent pas d'autres critères. Pourtant, cette acception générique de la diversité n'a pas eu pour effet d'estomper la logique catégorielle, qui s'est déplacée à l'échelle des organisations. Le constat qui est fait aujourd'hui est que cette vision de la diversité « *par nature sans limites* »[970] cohabite avec des usages caractérisés par un investissement sélectif et différencié des catégories d'action. Il existe différentes façons d'entrer dans le sujet. Les acteurs rendent leurs actions opérationnelles par des mesures universelles ou par des actions ciblées[971]. Cette différence de nature renvoie à la distinction entre les mesures *identity-blind* ou universelles, qui ne font pas mention d'un groupe particulier et s'appliquent à tous et des pratiques *identity-conscious* ou catégorielles, qui visent un groupe spécifique[972]. Dans cette équation, les organisations font souvent le choix – parfois en complément de mesures universelles – d'une approche segmentée, parce que les lois les incitent à agir par public cible, mais aussi parce que ce choix est plus simple et plus lisible pour elles[973]. Confrontées dans cette hypothèse à la question « *qu'est-ce*

---

[968] Al. 9, ANI *sur la diversité dans l'entreprise*, 2006.
[969] § 3, Charte de la diversité, 2018 (idem. versions antérieures) ; G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la DGAFP, 2005 ; M. – F. MALONGO, *Présence et représentation des minorités visibles à la télévision française*, Paris, CSA, 2000.
[970] O. MASCLET, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 5.
[971] V. par ex. H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit*., p. 33 et suiv.
[972] A. KONRAD, F. LINNEHAN, « Formalized HRM structures : coordinating equal employment opportunity or concealing organizational practices ? », *Academy of Management Journal*, nº 3, 1995, p. 787.
[973] P. SCHARNITZKY, P. STONE, *L'inclusion dans les organisations : de la posture à la pratique*, AFMD, 2018, p. 18.

qu'on met derrière diversité »[974], les organisations sont amenées à en donner une définition et une interprétation qui leur sont propres. Toutefois, décliner les mesures au gré des critères de discrimination est complexe et coûteux, ne serait-ce qu'en raison de leur nombre. Ce constat a fait naître une approche incrémentale, en silo. Paradoxalement, c'est comme si l'adoption *a priori* d'un champ de la diversité étendu nécessitait *a posteriori* de « "*faire des choix*" – "*pour ne pas partir dans tous les sens*", "*ne pas se perdre"* »[975]. Les organisations énoncent des axes d'intervention, véritables *self-service* ou *pick and choose* des publics. Cette sélection est parfois inscrite dans la norme, par exemple dans les accords relatifs à la diversité, ou appliquée en pratique[976]. Les enquêtes semblent indiquer que ces orientations ne sont pas toujours définies sur la base d'un audit des pratiques et de la situation de l'organisation, mais d'une concertation interne voire d'un choix tactique[977]. La sociologue M. Doytcheva a observé que le choix des acteurs est parfois dicté par la volonté de renforcer la présence de publics statistiquement sous-représentés dans leurs effectifs, d'appuyer leurs engagements antérieurs en faveur de telle ou telle composante, ou encore de miser sur un effet d'entrainement[978]. Cette dernière stratégie dite « *du coin* »[979] est promue par le cahier des charges du Label diversité qui invite les organisations à réaliser « *un diagnostic portant sur les critères identifiés dans la loi* […] *afin de détecter les principaux critères de discrimination existant dans l'Organisme* »[980]. Selon un responsable de la commission diversité, l'instance chargée d'émettre un avis sur la labellisation d'un candidat, l'intervention privilégiée sur un motif peut amorcer ensuite des actions sur d'autres formes de discrimination[981]. Dans d'autres cas au contraire, la sélectivité semble être la conséquence d'un jeu de « *protectionnisme sectoriel* »[982] des différents acteurs de terrain. Dans le secteur public notamment, les actions transversales initiées dans le cadre du Label diversité peuvent entrer dans le périmètre de mesures de non-discrimination captant déjà d'autres critères. Ainsi, L. Bereni et R. Epstein ont constaté que les chargés de mission à la lutte contre les discriminations, préposés naturels au Label, occupaient souvent « *les interstices de*

---

[974] M. DOYTCHEVA, V. CARADEC, *De la lutte contre les discriminations ethnoraciales à la « promotion de la diversité » Une enquête sur le monde de l'entreprise*, Lille, DREES, MIRE, 2008, p. 92.
[975] M. DOYTCHEVA, « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité […] », *op. cit.*, p. 116.
[976] Pour un aperçu, v. not. H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, not. p. 26.
[977] M. DOYTCHEVA, V. CARADEC, *De la lutte contre les discriminations ethnoraciales […]*, *op. cit.*, p. 93, 95 et 97.
[978] M. DOYTCHEVA, « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité […] », *op. cit.*, p. 117-20.
[979] Selon l'expression employée par un DRH d'une grande entreprise *in ibid.*, p. 120.
[980] § 1.2, AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges […]*, *op. cit.*
[981] M. DOYTCHEVA, « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité […] », *op. cit.*, p. 120.
[982] L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations. Le label diversité dans les collectivités territoriales*, ARDIS, 2015, p. 51.

l'action publique antidiscriminatoire et [intervenaient] *de fait principalement dans le cadre de la politique de la ville, en se concentrant surtout sur la dimension ethnoraciale* »[983].

188. L'influence du droit positif – Les résultats d'une enquête menée par le Défenseur des droits confirment que l'application des instruments relatifs à la diversité n'induit pas un investissement équivalent sur l'ensemble des critères de discrimination[984]. Selon les entreprises qui ont signé la Charte de la diversité, la tendance récente serait à l'élargissement du spectre des actions vers un équilibre entre six critères prioritaires, l'âge (plus de 50 ans et moins de 26 ans), le handicap, l'origine étrangère, l'origine sociale et le sexe[985]. Ces orientations peuvent raisonnablement être extrapolées aux administrations, à l'exception des cas où les composantes visées sont encadrées par des dispositifs légaux et réglementaires spécifiques[986]. En parallèle, de nouvelles dimensions ont fleuri au fur et à mesure que les instruments se multipliaient, telles que les « *qualifications et expériences professionnelles* »[987] ou la « *parentalité* »[988]. L'objectif est souvent de couvrir le maximum de personnes afin d'accroître la visibilité et la portée des mesures adoptées. Ainsi, la définition des publics dépend aussi beaucoup de la capacité des critères qui les désignent à être traduits en catégories opérationnelles[989]. Mais surtout, l'incidence du cadre juridique est forte dans la détermination par les acteurs de ces priorités[990]. Elle explique que les dispositifs portant sur la diversité sont généralement mis en œuvre au sein de structures de plus de 50 salariés qui sont déjà soumises à un certain nombre d'obligations ciblées. L'emploi de travailleurs handicapés à hauteur d'au moins 6 % de l'effectif total de la structure est une obligation pour les employeurs accueillant au moins 20 salariés. Cependant, la signature d'un accord de programme annuel ou pluriannuel permet aux entreprises de se libérer de cette exigence[991]. Les entreprises doivent aussi conclure un accord ou établir un plan d'action portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes[992] et jusqu'à il y

[983] En ce sens *ibid*., p. 51-6.
[984] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit*., p. 17.
[985] OBEA, *Bilan diversité 2019 […]*, *op. cit.*, p. 11-2. V. aussi dans le même sens, P. SCHARNITZKY, P. STONE, *L'inclusion dans les organisations […]*, *op. cit.*, p. 8.
[986] V. *infra* § 418 et suiv.
[987] AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2020, p. 7, § 6.2.
[988] BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016, p. 22-33.
[989] H. GARNER-MOYER, *Réflexions autour du concept de diversité […]*, *op. cit*., p. 37.
[990] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit*., p. 17.
[991] Art. L. 5212-1 et suiv et L. 5212-15 c. trav. ; art. 33 à 40, loi nº 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors*.
[992] Art. L. 2242-1 et suiv. et L. 2242-17c. trav.

a peu, sur les seniors[993]. Certains employeurs soumis au Code du travail doivent mener une négociation triennale sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), dont l'intergénérationnel est une dimension importante[994]. Viennent encore s'ajouter à cet ensemble l'obligation de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes[995] et la base de données économiques et sociales sur laquelle les entreprises peuvent s'appuyer pour guider leurs actions[996]. L'ancienneté de ce type d'obligation laisse penser que les organisations ont eu le temps de les intégrer dans leur politique de gestion des ressources humaines. Ces obligations sont aujourd'hui capitalisées dans la définition et la mise en œuvre des normes relatives à la diversité par les acteurs. Pour preuve, l'égalité entre les femmes et les hommes occupe une telle place dans la négociation collective relative à la diversité que H. Garner et M. Recoules estiment que l'idée « *n'est pas une composante périphérique des accords diversité, elle en est plutôt la composante centrale, voire unique* »[997]. Pour ces publics, les organisations ont donc une plus longue expérience de gestion, ce qui explique qu'ils soient privilégiés à d'autres composantes[998]. Alors qu'historiquement, l'approche de la diversité reposait sur la dissolution des catégories d'intervention, ce renversement de logique consiste à les faire ressurgir à la discrétion des organisations.

B – La liberté de suivi

189. Plan – Le principe du suivi des dispositifs de diversité est innervé par l'autodétermination (1). Pour ce faire, il emprunte aux outils de gestion leurs moyens (2).

1 – Le principe du suivi

190. La définition du suivi – En 2015, 74 % des grandes entreprises interrogées par le Défenseur des droits affirmaient pratiquer une évaluation annuelle de leur politique de diversité[999]. Cette évaluation est inspirée de l'idée de surveillance, que la Commission européenne définit comme un « *processus de collecte régulière d'informations visant à*

[993] Anc. art. L. 2241-4 (négociation obligatoire sur l'emploi des salariés âgés) et art. L. 5121-10 et suiv. c. trav. (contrat de génération) suppr. par art. 9, ord. nº 2017-1387 du 22 septembre 2017 *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*. Auj. L. 2241-12 c. trav. (GPEC).
[994] Art. L. 2242-20 c. trav.
[995] Art. L. 1142-7 et suiv. c. trav.
[996] Art. L. 2323-8 c. trav.
[997] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 47.
[998] *Ibid*., p. 28. Par ex. BANQUE POSTALE, *Accord portant sur la diversité, l'égalité professionnelle et l'emploi des seniors à La Banque Postale*, 23 décembre 2009 ; GROUPAMA, *Accord relatif à la Diversité et à l'Egalité des chances au sein de Groupama*, 24 octobre 2008.
[999] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit*., p. 34.

contrôler des performances à l'aune de certains critères »[1000]. Le suivi désigne alors la vérification organisée de la conformité[1001]. Il se distingue du contrôle dont l'acception courante est teintée d'autoritarisme[1002]. La signification anglophone du contrôle correspond d'ailleurs « *à l'idée de domination ou de mainmise du contrôleur sur le sujet contrôlé* »[1003]. Au contraire, le suivi constitue une modalité de contrôle libérée de la logique autoritaire, incitative et explicative[1004]. Parfois aussi appelé contrôle interne, il renvoie à une « *surveillance continue, ou tout du moins répétée* »[1005]. Pour la Commission européenne, l'efficacité des instruments autorégulés est fonction de leur application et des vérifications auxquelles ils sont soumis[1006]. La recherche d'un effet réel soutient également la volonté des acteurs de crédibiliser et de légitimer une démarche à laquelle les tiers pourront accorder une valeur.

191. La nature volontaire du suivi – Les dispositifs portant sur la diversité formulent fréquemment un principe de suivi dont les modalités sont plus ou moins laissées à la discrétion de leurs destinataires[1007]. La maitrise du contrôle est transmise au contrôlé dans l'optique d'enclencher un cercle vertueux de progrès. L'idée est qu'il y sera d'autant plus réceptif s'il s'évalue lui-même. La prise de conscience et le dépassement constituent les points forts attendus de cette démarche de conformité. Unilatéral, le suivi est aussi largement gestionnaire. Des procédures internes sont mises en place afin d'évaluer l'efficacité des mesures engagées, de détecter les anomalies et de traiter les insuffisances relevées au cours de l'application des normes relatives à la diversité. Toutefois, parce qu'une trop grande liberté et une trop forte maitrise de ses modalités rendraient le suivi opaque, voire suspicieux, l'organisme peut associer d'autres acteurs à sa démarche. Encouragée par la Commission européenne[1008], l'extériorisation du contrôle contrebalance sa dimension gestionnaire en renforçant son aspect procédural et

---

[1000] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises »*, 2001, n°/* COM/2001/0366 final */, p. 28.
[1001] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 341.
[1002] M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe. Contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Pedone, 2012, p. 28.
[1003] *Ibid.*
[1004] P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *op. cit.*
[1005] M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme […]*, *op. cit.*, p. 34.
[1006] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale […]*, *op. cit.*, § 56.
[1007] V. *infra* § 196 et suiv. V. plus généralement sur le suivi, D. ALIS, M. FESSER-BLAESS, « L'évaluation des politiques de diversité » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 169-80.
[1008] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale […]*, *op. cit.*, § 58.

juridique. Malgré tout, l'organisation conserve la maitrise de l'essentiel de l'information, ce qui rend délicate l'appréciation du suivi qu'elle effectue[1009].

192. Les effets du suivi – L'existence d'un suivi permet d'évaluer régulièrement l'application des normes relatives à la diversité dans une dynamique d'amélioration continue[1010]. Il participe au renforcement de la sécurité des pratiques à travers une remontée des risques[1011]. Il conduit à la mise en place d'actions correctrices chaque fois que la mise en œuvre de ces dispositifs se révèle insuffisante[1012]. La démarche est souvent apparentée à la « roue de Deming » ou « *plan-do-check-act* » (intention-planification, mise en œuvre, vérification, révision et amélioration continue)[1013]. La particularité de cette logique est d'être conçue « *sous la forme d'une progression circulaire qui part du constat pour aller vers l'amélioration après évaluation et action corrective, dans un mouvement perpétuel de bonification* »[1014]. Dans la situation d'un manquement, la priorité est de réajuster le comportement défaillant par l'apprentissage, l'incitation et la pédagogie, plutôt que par la sanction[1015]. Reste que cette démarche de progrès ne peut fonctionner qu'à condition que les acteurs acceptent d'assumer une pratique fautive et se mobilisent pour y remédier[1016]. L'effectivité des dispositifs portant sur la diversité est donc soumise au bon vouloir de leurs destinataires, à leur volonté sincère de s'évaluer et de rendre des comptes.

193. Les enjeux du suivi – Sur ce point, le droit législatif et réglementaire a une réponse à opposer à sa méconnaissance, qui est celle de la sanction, ou du moins, de la menace de la sanction. Et même s'il arrive que celle-ci ne soit pas appliquée, elle ne conserve pas moins une portée symbolique forte. En comparaison, une norme qui est le fruit de l'autorégulation risque de pâtir d'un défaut d'application et d'évaluation. Or, « *un droit* […] *qui ne porte pas une attention suffisante à sa mise en œuvre court le risque de n'être qu'un discours coupé des réalités, voire de se prêter à une instrumentalisation par des acteurs qui se prévalent de leur*

[1009] De manière générale, v. M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 362.
[1010] De manière générale, v. V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit.*, p. 269.
[1011] A. FELIX, « Le contrôle interne : concept », *LPA*, n° 74, 2007, p. 5-6.
[1012] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 39.
[1013] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La Découverte, 2016, p. 94.
[1014] F. MEYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », *Droit ouvrier*, n° 682, 2005, p. 186, NBP n° 14.
[1015] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 399.
[1016] P. ROZEG, « La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises ? », *JCP S*, n° 51, 2010, p. 16-9.

adhésion à l'instrument pour améliorer leur image »[1017]. Dénué d'effets, car non suivi, il expose ses souscripteurs aux critiques. À cet égard, les mesures de suivi sont souvent pointées du doigt pour être la faiblesse des pratiques autorégulées. Le CSA semble partager cette appréciation s'agissant de la représentation de la diversité à l'antenne. Il regrette que les chaines ne dépassent guère les engagements de principe et considère qu'elles doivent prendre des engagements chiffrés et concrets[1018].

194. Les leviers du suivi – Pour l'OCDE, ce sont des « *pressions externes* [qui] *déterminent de manière cruciale l'efficacité de ces initiatives* »[1019]. Elles sont le fait des parties prenantes qui gravitent autour des organisations : les pouvoirs publics, les ONG[1020], les employés, les actionnaires, les partenaires commerciaux[1021], les experts[1022] ou encore les syndicats[1023]. Parce que le contrôle est consubstantiel à la logique juridique, il n'est pas surprenant de constater que les pouvoirs publics s'intéressent de plus en plus à l'activité des organisations dans le champ de la RSO, donc de la diversité[1024]. Cependant, les pressions externes qui pèsent sur les acteurs ne se réduisent pas au droit et aux autorités publiques. Dans cette équation, les ONG cherchent à s'imposer comme un pôle de régulation sociale alternatif[1025]. Leur ingéniosité à utiliser les médias, les nouvelles technologies de l'information et de la communication et leur propension de plus en plus forte à assigner les organisations sur le terrain contentieux en font des acteurs de poids[1026]. Elles n'hésitent pas non plus à développer leurs propres techniques de suivi des démarches éthiques. Le cas échéant, elles peuvent aller jusqu'à élaborer des contre-rapports

---

[1017] CE, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 111.
[1018] CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2015*, 2016, p. 25.
[1019] OCDE, *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, 2001, p. 80.
[1020] V. par ex. CRAN, REPUBLIQUE ET DIVERSITE, *Le CAC 40, parité, diversité*, 2015 ; CRAN, IFOP, *Préfets et Ambassadeurs. Parité & Diversité dans la haute fonction publique*, 2012 ; CRAN, *Parité & Diversité, Maires & adjoint. e. s*, 2014 ; CRAN, *Conseils généraux et diversité : Enquête sur l'apartheid français*, 2015.
[1021] Par ex. lorsqu'une société contractualise son code de conduite contenant des dispositions sur la diversité avec ses partenaires commerciaux ou lorsqu'un marché public intègre ce type de considérations dans ses clauses sociales.
[1022] NOVETHIC, *À la recherche de la diversité dans les rapports du CAC 40… Diversité et non-discrimination dans le reporting développement durable des entreprises du CAC 40*, 2005.
[1023] V. par ex. le rapport de suivi annuel du Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de l'AFEP-MEDEF élaboré par les deux organisations depuis 2009.
[1024] V. *infra* § 225.
[1025] N. GASMI, G. GROLLEAU, « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants », *Revue française de gestion*, n° 157, 2005, p. 123.
[1026] IBID.

éthiques, dans le but de faire toute la lumière sur les pratiques qu'elles souhaitent ne pas voir limitée aux aspects positifs. La politique sociale est d'ailleurs leur domaine de prédilection[1027].

195. Les grands acteurs économiques doivent aussi tenir compte de l'influence de l'ISR. Ce type d'investissement « *peut être défini comme un placement en valeurs mobilières qui intègre dans ses choix des critères non financiers sans sacrifier les performances financières ; il ne doit pas être confondu avec la finance solidaire qui concerne des projets d'insertion sociale, des projets de développement, et qui renonce, de ce fait, à tout ou partie de la rémunération du capital investi* »[1028]. Encouragée par les pouvoirs publics, la législation impose désormais aux investisseurs de communiquer sur les critères sociaux de leurs décisions financières[1029]. Un label ISR a été créé à l'initiative du gouvernement en 2016 pour récompenser les organismes de placement collectif qui respectent des éléments conciliant performance économique et impact social[1030]. D'autres mesures européennes et internationales concourent à l'ISR, comme le « Code de transparence pour les fonds ISR » édicté par l'Association française de la gestion financière (AFG), le Forum pour l'investissement responsable (FIR) et l'*European sustainable forum* (Eurosif) depuis 2009[1031] ou encore les Principes pour l'investissement responsable (PRI) créés en 2005 à l'initiative des Nations Unies. Ces fonds éthiques opèrent une sélection positive parmi les entreprises pour ne retenir que celles qui ont les pratiques les plus vertueuses[1032]. Cette évaluation de la performance sociale oriente les décisions d'investir, ce qui en fait un levier du suivi des normes relatives à la diversité. Une sélection exclusive refoule les entités aux pratiques insuffisamment vertueuses et les expose à une dégradation de leur image et de leur santé financière[1033]. La pratique du « *name and shame* » fait fuir les investisseurs. Si l'influence matérielle de l'ISR sur les démarches éthiques des entreprises est difficile à évaluer avec précision[1034], il joue « *un rôle indéniable sur les politiques de communication des entreprises cotées et sur la prise de conscience de l'importance des critères extrafinanciers*

[1027] V. par ex. OBSERVATOIRE DES MULTINATIONALES, *CAC40 : le véritable bilan annuel*, 2019.
[1028] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 52.
[1029] Art. L. 214-164, § V c. monétaire et financier (art. 21, loi n° 2001-152 du 19 février 2001 *sur l'épargne salariale*) ; art. L. 135-8 c. de la sécurité sociale (art. 6, loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 *portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*) ; art. L. 533-22-1 c. monétaire et financier (art. 224, loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle II »* ; art. 173, § VI, loi n° 2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte*).
[1030] Décr. n° 2016-10 du 8 janvier 2016 *relatif au label « investissement socialement responsable »*.
[1031] FIR, EUROSIF, AFG, *Code de transparence pour les fonds ISR ouverts au public*, 2018.
[1032] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 53.
[1033] *Ibid.*
[1034] NOVETHIC, *Entreprises controversées. Les listes noires d'investisseurs changent-elles la donne ?*, 2013, p. 4.

dans l'évaluation des performances »[1035]. Parallèlement, les actionnaires peuvent exiger des entreprises qu'elles améliorent leurs pratiques à l'égard de critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG). Ils disposent de plusieurs leviers si elles restent sourdes à ces considérations : communiquer publiquement sur les insuffisances de l'entité, chercher à peser sur sa gestion ou exercer leurs droits d'actionnaires[1036]. Les particuliers ou les ONG actionnaires utilisent activement ces prérogatives pour défendre une cause, mais leurs actions sont rarement suivies d'effets si elles ne sont pas relayées par les médias[1037]. En réalité, cette culture d'activisme actionnariale n'est pas très implantée en France, même si elle peut s'avérer efficace[1038]. Il n'empêche, ces sanctions extrajuridiques des stratégies éthiques participent d'une dynamique plus générale associant l'acceptation d'une contrainte volontaire à des pressions extérieures. À l'inverse, l'entreprise exemplaire retire un capital financier de l'investissement qui lui est accordé au titre de ses pratiques sociales. Un suivi efficient est une source de réputation et d'attractivité pour les organisations qui pourront ainsi informer leurs parties prenantes de leur progression. Des éléments présentés comme incontestables permettent de les surclasser par rapport à leurs paires, notamment pour les entreprises dont la notation sert aux investisseurs pour constituer des portefeuilles de valeurs éthiques (ISR). Lorsque le suivi fait l'objet d'une certification, comme dans le cadre d'un label, l'organisation peut espérer en retirer un gain d'image. La démarche fait alors partie intégrante de sa stratégie de marketing[1039]. De ce point de vue, un engagement sur la diversité peut être un support de communication comme un autre qui incite à s'évaluer ou se faire évaluer régulièrement pour maintenir ses bénéfices. Les effets d'un tel instrument doivent donc « *être suffisamment visibles pour qu'ils puissent convaincre* »[1040]. Une star-up vient d'ailleurs de créer une empreinte basée sur l'intelligence artificielle pour évaluer la diversité et l'inclusion des organisations. L'algorithme est présenté pour restituer l'impact global sur la diversité et inclusion des entreprises, des écoles, des collectivités ou des associations. Chaque organisation qui joue le jeu voit ses résultats rendus publics sur internet, la pression des parties prenantes invitant ici les volontaires à

[1035] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 55.
[1036] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 409.
[1037] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 55.
[1038] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 410. En 2015, la quasi-unanimité des actionnaires de BP s'est prononcée en faveur de la prise en compte du risque carbone dans les prévisions de rentabilité du groupe face à la médiatisation que constituait la COP 21 et à la menace de désinvestissement des fonds.
[1039] J. –P. ROBE, E. MAZUYER, « Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ? », *RDT*, n° 7, 2010, p. 413-8.
[1040] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 348.

s'évaluer régulièrement. Elle pourra ainsi s'appuyer sur cet outil pour faire progresser ses pratiques. Une poignée de grandes entreprises sont déjà clientes de ce service[1041]. Ainsi, bien que le suivi soit librement défini, ces pressions sont susceptibles de lui donner de la matière et du crédit. Reste à déterminer les moyens pour évaluer la correspondance entre les pratiques et les prescriptions des normes relatives à la diversité.

2 – Les moyens du suivi

196. La détermination des moyens du suivi – Pour l'Autorité des marchés financiers (AMF), le suivi « *comprend un ensemble de moyens, de comportements, de procédures et d'actions adaptés aux caractéristiques propres de chaque* [structure pour] *assurer : la conformité aux lois et règlements, l'application des instructions et des orientations fixées par la direction générale ou le directoire, le bon fonctionnement des processus internes de la société* […] *la fiabilité des informations financières* »[1042]. Le suivi est généralement énoncé de manière générale dans les normes traitant de la diversité, mais ses modalités sont en revanche rarement détaillées. La Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence invite ses signataires, sous la supervision d'un comité de suivi, à dresser un tableau de bord de la diversité et à recenser la réussite des actions[1043]. Dans la même veine, la Charte du service public de l'emploi contre les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité prévoit un traitement des plaintes, l'élaboration d'indicateurs de suivi et la constitution de comités missionnés pour suivre l'application des orientations contenues dans le document[1044]. De façon un peu plus détaillée, le cahier des charges du Label diversité prévoit que l'organisme candidat définit et met en œuvre des outils adaptés pour mesurer la diversité et exploite toutes les données dont il dispose pour évaluer l'efficacité de ses pratiques et les améliorer[1045]. Ce suivi doit déboucher sur un bilan annuel communiqué aux parties prenantes, qui servira de base de travail pour apporter des améliorations[1046]. Ces amendements devront eux-mêmes faire l'objet d'un suivi[1047]. En revanche, les objectifs, les indicateurs à

[1041] https://www.mixity.co/search/. V. ég. MIXITY, *Étude 2021 des tendances de la diversité et de l'inclusion*, 2021.
[1042] AMF, *Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne*, 2010, p. 9.
[1043] § 2 et § 4, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 16 octobre 2010. V. encore plus succint, le § 6 de la Charte de la diversité.
[1044] § 3, § 7 et § 8, Charte du Service public de l'Emploi contre les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité, 18 novembre 2005.
[1045] V. par ex. AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »: Cahier des charges […]*, *op. cit.*, p. 16.
[1046] *Ibid.*, p. 17.
[1047] *Ibid.*

suivre et les résultats ne sont pas spécificités. Sur ce point, le Label diversité apparaît moins coercitif que le Label égalité, car il laisse plus d'autonomie à ses destinataires sans exiger de résultats chiffrés ou la signature d'un accord dans le domaine de l'égalité professionnelle[1048]. Cette latitude participe sans doute à son succès par rapport au Label égalité, mais elle apparaît aussi comme une caractéristique inhérente aux procédures de gestion des risques. Ces quelques exemples donnent à voir l'adaptabilité et l'adéquation à la structure évaluée comme les maîtres mots du suivi. Pour cette raison, les modalités de suivi s'intègrent à la palette classique des outils de gestion. Ces procédures de suivi peuvent être internes, externes ou mixtes. Elles passent par des structures et des mécanismes de gestion traditionnels (rapports aux instances dirigeantes, signatures par les responsables, mesures disciplinaires, communication active), mais aussi par des dispositifs et instances dédiés[1049]. Quelques-uns de ces outils sont emblématiques des politiques de diversité des organisations. Ils s'inspirent des premières mesures de suivi volontaires mises en place par les firmes multinationales au tournant des années 1980[1050].

197. L'autodiagnostic – Le suivi s'appuie sur des indicateurs de gestion qui sont indispensables à toute démarche d'évaluation. Le recueil et l'exploitation de données chiffrées permettent de révéler et d'objectiver des situations de fait. Ces indicateurs pourront ensuite être ventilés et croisés par procédures de ressources humaines (l'embauche, la formation), par sites, par publics, etc. Ils permettent par exemple de nourrir un autodiagnostic, une procédure héritée des démarches qualité qui consiste à dresser un état des lieux d'une situation donnée, éventuellement au moyen de données chiffrées[1051]. Le cas échéant, les indicateurs peuvent être complétés par des dispositifs de suivi plus spécifiques, comme l'*auto-testing* ou les mécanismes d'alerte professionnelle[1052].

198. Les dispositifs d'alerte professionnelle – La CNIL a défini ce type de mécanisme comme « *un système mis en œuvre par des organismes publics ou privés, à destination des*

[1048] DELOITTE, *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, Centre d'analyse stratégique, 2010, p. 30. V. par ex. art. 2.3, AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »: Cahier des charges […]*, *op. cit*., p. 8.

[1049] De manière générale, v. E. MAZUYER, « L'effectivité des engagements des entreprises françaises » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 166.

[1050] V. par ex. sur le Code Sullivan (1977) en Afrique du Sud, E. CEDIEY, « Comment l'*affirmative action* vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, nº 17, 2002, p. 152 et suiv.

[1051] V. par ex. un questionnaire sur les agissements sexistes et de harcèlement sexuel *in* FEDERATION FRANÇAISE DE L'ASSURANCE, *Accord Mixité-diversité et Égalité professionnelle […]*, *op. cit*., p. 25.

[1052] Sur l'auto-testing, v. aussi *infra* § 564.

membres de leur personnel ou des collaborateurs extérieurs et occasionnels pour les inciter, en complément des modes normaux d'alerte sur les dysfonctionnements de l'organisme, à signaler à l'organisme employeur des comportements, dont ils ont eu personnellement connaissance, qu'ils estiment contraires aux règles applicables et pour organiser la vérification de l'alerte ainsi recueillie au sein de l'organisme concerné »[1053]. Ces dispositifs feront l'objet de développements ultérieurs dans le cadre de l'étude de la sécurisation des *process* mis en œuvre au titre des mesures de prévention des discriminations[1054]. Pour l'heure, il est rappelé que l'alerte éthique a notamment été démocratisée par l'intermédiaire du Label diversité dont le cahier des charges prévoit un tel mécanisme. En matière de droits et liberté fondamentaux, notamment de lutte contre les discriminations, le législateur s'en est inspiré pour assujettir certains employeurs à la mise en place de tels dispositifs avec la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, ainsi qu'avec la loi de transformation de la fonction publique[1055]. Ces avancées législatives grignotent peu à peu l'autonomie des organisations pour adopter et définir des procédures de signalement. Néanmoins, par leur dimension volontaire historique et actuelle pour les employeurs non assujettis à ces obligations, les mécanismes d'alerte demeurent emblématiques des moyens de suivi volontaire. Ils permettent de recueillir les signalements de manquements professionnels à la législation et aux normes internes instaurées par les opérateurs. Ils offrent aux organisations un moyen de veille complémentaire au suivi routinier des pratiques. Par leurs conséquences éventuelles, ils contredisent l'idée que le paradigme de la diversité ne produirait que des instruments non contraignants, dans la mesure où ils peuvent déboucher sur des actions correctives, des sanctions disciplinaires ou même des ruptures des relations de travail[1056]. Des exemples peuvent être trouvés dans la jurisprudence, à travers le cas du salarié ou de l'agent à

[1053] CNIL, délib. 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)*. Sur l'alerte professionnelle, v. L. GAMET, « Le Whistleblowing (ou le salarié mouchard) », *BMIS*, n° 3, 2006, p. 307-19 ; M. D'HAULTEFOEUILLE, N. MARTIN, S. CISSE, « Le whistleblowing en France : Influences et défis juridiques », *CDE*, n° 5, 2014, p. 33-7 ; L. FLAMENT, « Comment mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle ? », *JCP S*, n° 13, 2013, p. 28-32 ; AFMD, ORSEE, *Les systèmes de traitement des réclamations liées à la discrimination*, 2013 ; S. SLAMA, J. –F. FOEGLE (dir.), « Dossier thématique n° 1 : Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme », *LRDH*, n° 10, 2016.

[1054] V. *infra* § 605.

[1055] Art. 1er loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* ; art. 80 loi n° 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique*.

[1056] V. de manière générale sur ce point, E. MAZUYER, « La RSE : identification et régulation d'un phénomène complexe » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 34-5.

qui il est reproché, preuve à l'appui, d'avoir discriminé, mais aussi de celui qui dénonce de mauvaise-foi une discrimination[1057].

199. L'audit – Autrefois uniquement comptable et financier, le champ de l'audit a progressivement gagné l'ensemble des opérations des organisations et notamment le domaine social[1058]. La montée des risques sociaux a entrainé une demande croissante d'audit portant sur la diversité. Aujourd'hui, les travaux des sciences de gestion s'intéressent à la formalisation de référentiels d'audit théoriques portant sur la diversité, y compris dans les algorithmes, car il est acquis qu'ils peuvent être discriminatoires et favoriser l'homogénéité des profils sociodémographiques[1059]. L'audit, qu'il soit interne à l'organisation ou externalisé auprès d'un tiers, a pour objet d'évaluer l'existence, la qualité et les résultats des processus de gestion au regard des principes et des engagements de l'organisation[1060]. Il permet de « *mesurer l'écart entre les engagements* […] *et les pratiques réelles* »[1061]. Il consiste donc à « *"contrôler" la qualité du contrôle interne* »[1062]. Le contrôlé dispose d'une grande latitude pour définir dans quel cadre employer l'audit. L'audit permet par exemple de mettre à jour les risques que court l'organisation du fait de la non-conformité sur le plan juridique, commercial, financier et de réputation[1063]. La procédure est susceptible de porter sur les principaux *process* de ressources humaines de l'organisation[1064]. Dans ce cadre, l'auditeur pourra s'intéresser à l'intégration (taux d'échecs consécutif aux départs en cours de période d'essai, taux d'attrition pendant les premiers mois…), à la formation (les écarts importants des taux d'accès), à la mobilité, aux promotions et carrières, aux rémunérations, etc.[1065]. À l'issue de sa mission, l'auditeur est amené à formaliser des préconisations pour remédier aux carences[1066]. Le procédé pourra permettre d'identifier les pratiques faisant peser un risque discriminatoire, si bien que le

---

[1057] Soc., 13 janvier 2021, n° 19-21.138.
[1058] M. COMBEMALE, J. IGALENS, *L'audit social*, Paris, PUF, 2012, p. 6-7.
[1059] V. respectivement M. G. BRUNA, S. FRIMOUSSE, L. GIRAUD, « Comment apprécier l'impact transformationnel d'une politique de diversité en entreprise ? Contribution liminaire à un agenda de recherche », *Management & Avenir*, n° 96, 2017, p. 39-71 ; C. VILLANI, *Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne*, Rapport au Premier ministre, 2018, p. 143.
[1060] J. -P. GOND, J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, PUF, 2018, p. 97.
[1061] E. MAZUYER, « La RSE : identification et régulation d'un phénomène complexe », *op. cit.*, p. 38.
[1062] J. -P. GOND, J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 97.
[1063] S. GUERFEL-HENDAG, G–A. BROUSSILLON-MATSCHINGA, S. FRIMOUSSE et *al.*, « Audits des diversités » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 193.
[1064] *Ibid.*, p. 194.
[1065] *Ibid.*, p. 197-8.
[1066] *Ibid.*, p. 199. Pour un aperçu, v. par ex. le dispositif du groupe Vinci *in* ORSE, *Répertoire. Prévention des discriminations et promotion de la diversité dans les entreprises*, 2011, p. 15.

Défendeur des droits recommande de le rendre obligatoire pour les grands employeurs[1067]. Il lui permet aussi d'accroître l'efficacité de la gouvernance en améliorant l'intégration effective des prescriptions des normes relatives à la diversité aux stratégies de pilotage de l'organisation[1068]. Orienté vers la performance, il est utile pour anticiper les investigations des agences de notation extra-financière au regard de l'engagement sur la diversité pris[1069]. Enfin, l'audit est un outil précieux pour évaluer le respect par les partenaires commerciaux des normes relatives à la diversité, offrant au donneur d'ordre un moyen de réduire les risques juridiques d'un mauvais partenariat commercial[1070].

200. Quel que soit le cadre dans lequel il est employé, il faut bien voir que l'audit externe n'a pas pour finalité de déceler une non-conformité. Les contrôles externes sont utilisés de manière stratégique pour confirmer que les prescriptions d'un instrument portant sur la diversité sont respectées. L'objectif est donc plutôt la certification. En effet, dans l'esprit des employeurs, « *déclarer avoir agi, c'est bien ; pouvoir le certifier, c'est mieux* »[1071]. La « *certification est le fait pour une entreprise de se prévaloir d'un certificat de conformité. Un tel certificat, délivré par un organisme indépendant et compétent, donne la certitude que tel produit ou telle entreprise répond aux exigences d'un référentiel déterminé* »[1072]. C'est donc la concordance de la pratique avec une norme de référence sur la diversité qui est vérifiée, suivant un mode non autoritaire et des procédures encadrées[1073]. La certification vise ainsi à obtenir la confiance des tiers. Elle donne une visibilité au respect de ses engagements par l'organisation, en assurant sur le papier qu'elle ne viole pas la législation ou qu'elle produit une information non financière sur la diversité sincère[1074].

201. Bien qu'intéressants pour assurer le suivi des normes relatives à la diversité, les audits présentent plusieurs défauts maintes fois soulignés : manques de transparence, de neutralité, de

---

[1067] DDD, Avis n° 16-15 du 1er juin 2016 *sur le projet de loi égalité et citoyenneté*, p. 18.
[1068] S. GUERFEL-HENDAG, G–A. BROUSSILLON-MATSCHINGA, S. FRIMOUSSE et *al*., « Audits des diversités », *op. cit.*, p. 193.
[1069] J. –M. PERETTI, A. SAÜT, « Audit de la diversité », *in* J. –M. PERETTI (dir.), *Tous différents. Gérer la diversité dans l'entreprise*, Paris, Édition d'organisation, 2006, p. 279-80.
[1070] P. DEUMIER, « Le cas des instruments RSE à destination des partenaires commerciaux » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 185-7. V. par ex. le dispositif établi par le groupe Accor, *in* ORSE, *Répertoire. Prévention des discriminations […]*, *op. cit.*, p. 46.
[1071] P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme » *in* L. BOY, J. –B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 683.
[1072] M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *op. cit.*, NBP n° 5.
[1073] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit*., p. 386.
[1074] V. *infra* § 228.

continuité, de professionnalisme, etc.[1075]. Pour contrecarrer les difficultés liées à l'inadéquation de la formation des auditeurs, certaines organisations forment un corps spécial d'employés, regroupés dans un service ou une filiale et chargés du contrôle. La solution permet d'avoir un personnel formé, mais elle ne résout pas la question de l'objectivité et de la neutralité des contrôles au regard des liens de subordination qui peuvent exister dans et avec la structure. L'externalisation du contrôle entre les mains d'une association professionnelle, d'une ONG ou d'un cabinet d'audit permet de rompre avec cette situation où le contrôlé est aussi le contrôleur. Elle aspire à répondre à une demande de vérification indépendante, particulièrement prégnante[1076]. Dans le même sens, le recours à un suivi normalisé, au moyen par exemple du référentiel de la *Global reporting initiative* (GRI)[1077], tend à réduire la marge d'appréciation dont dispose l'auditeur pour améliorer l'objectivité de l'opération[1078]. Elle rehausse la crédibilité de la prestation pour tous les intervenants au processus. De ce point de vue, la recherche d'une indépendance et d'une certaine impartialité renforce la connotation juridique de ce type de contrôle, sans toutefois que l'extériorité du contrôleur à l'égard du contrôlé suffise à éteindre les griefs portant sur son objectivité[1079].

202. Fonction diversité, labellisation – À ces moyens classiques de gestion s'ajoutent des procédés plus spécifiques, volontiers rattachés au suivi des dispositifs portant sur la diversité. C'est le cas de la fonction diversité[1080], institutionnalisée dans les grandes organisations depuis la seconde moitié des années 2000. Conseil diversité[1081], direction diversité[1082], pôle diversité[1083] ou délégués et autres référents diversité[1084] sont chargés de l'organisation, du pilotage et de la coordination des politiques de diversité auprès de la direction ou dans les

---

[1075] I. DAUGAREILH, « Responsabilidad social de las empresas transnacionales : Análisis crítico y prospectiva jurídica », *Cuadernos de relaciones laborales*, nº 1, 2009, p. 93-123. V. aussi I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, Regard sur une pratique en expansion », *JCP G*, nº 9, 2003, p. 337-43.
[1076] V. DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 42.
[1077] V. *infra* § 237.
[1078] OCDE, *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, 2001, p. 87.
[1079] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 376.
[1080] L. BERENI, D. PRUD'HOMME, « Servir l'entreprise ou la changer ? Les responsables diversité entre gestion, critique et performance de la vertu », *RFS*, nº 2, 2019, p. 175-200 ; L. BERENI, D. PRUD'HOMME, *La fonction diversité. Enjeux, compétences et trajectoires*, AFMD, 2017.
[1081] V. par ex. ORSE, *Répertoire. Prévention des discriminations […]*, *op. cit.*, p. 9 (par ex. Total, Casino, Veolia Environnement) ; DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 2017, p. 92 (Nantes Métropole et la Ville de Nantes).
[1082] V. par ex. Air France *in* ORSE, *Répertoire. Prévention des discriminations […]*, *op. cit.*, p. 10.
[1083] ÉCOLE POLYTECHNIQUE, *Rapport d'activité 2015-2016. Cordée de la Réussite : « Une Grande École, Pourquoi Pas Moi ? »*, 2016, p. 3.
[1084] Art. 1.2, ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019 ; § 1 et § 2, Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité, 18 novembre 2005.

démembrements de l'entité. Ils constituent également un espace de dialogue et d'échanges au sein des différentes directions pour faire évoluer les pratiques de suivi. Sans doute plus visible que la fonction diversité, le Label diversité est topique de ces procédures de suivi spécifiques des normes traitant de la diversité. Les labels connaissent un essor important depuis le milieu des années 1990[1085]. En matière d'image, la labellisation partage avec la certification un fonctionnement basé sur l'exclusion des concurrents et des pairs, qui garantit « *la crédibilité des informations en validant la présence des valeurs sociales et/ou environnementales dans les produits* »[1086]. Le label est un signal de qualité clairement identifiable par ses destinataires[1087]. Une marque, un logo ou un texte vient distinguer un produit, un service ou un organisme en certifiant la réalité de sa qualité[1088]. Ce faisant, il confère à celui qui détient cette distinction un gain d'image de marque et de réputation. Néanmoins, la dimension juridique des labels est plus faible en comparaison des standards d'indépendance et d'impartialité traditionnellement recherchées avec le contrôle. En effet, « *si l'auditeur opère bien une confrontation entre la pratique et une norme de référence, l'intention poursuivie ainsi que le résultat du contrôle sont assurément discordants* [car] *le contrôle est intrinsèquement voué à la reconnaissance de la conformité, dans une visée publicitaire, de valorisation* »[1089]. Ainsi, à moins d'être confronté à de fortes pressions extérieures, et nonobstant quelques ratés[1090], l'organisme qui doute de l'issue positive de la labellisation diversité ne s'engagera pas dans un tel processus. Le Label est apprécié par les organismes certifiés, qui y voient une manière de s'engager positivement dans la lutte contre les discriminations, autrement que sous la contrainte et la crainte de la sanction. Il est considéré comme un « *moyen efficace et pérenne* […] *de certifier les politiques de diversité* »[1091] mises en place par les organisations. Le Label a sans aucun doute conduit à une

[1085] V. F. ABRIOUX, « La multiplication de l'offre et de la demande de labels : une densification normative quantitative » *in* C. THIBIERGE, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare et Martin, 2013, p. 84.
[1086] P. ROBERT-DEMONTROND, « Le marketing de la RSE, enjeux et perspectives » *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN, *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 55.
[1087] F. ABRIOUX, « La multiplication de l'offre et de la demande de labels […] », *op. cit.*, p. 84.
[1088] OIT, *Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite, le « label » social et d'autres initiatives émanant du secteur privé en rapport avec les questions sociales*, Genève, nº GB.273/WP/SDL/1(Add.1), 1998, § 68.
[1089] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 390.
[1090] Le Label diversité a été refusé à La Poste lors de sa première candidature. V. A. DJABI, *Le label diversité : un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations : Obtenir et maintenir la labellisation*, AFNOR, FACE, 2014, p. 55.
[1091] S. GUERFEL-HENDA, G. –A. BROUSSILLON, « Évaluation et mesure des politiques de diversité culturelle », *Management & Avenir*, nº 43, 2011, p. 244.

normalisation et une standardisation des pratiques, des programmes et des plans d'action[1092]. Il constitue un exemple intéressant de suivi régulier des pratiques, puisqu'il fait l'objet de plusieurs audits, pour obtenir la labellisation d'abord, puis d'un audit de suivi à mi-mandat et au moment du renouvellement ensuite[1093]. Pour prendre un point de comparaison, la Charte de la diversité n'engage qu'à une communication biennale qui s'avère peu appliquée par les signataires[1094]. Au lancement de la procédure, l'AFNOR, qui gère le Label, transmet les rapports d'instruction qu'elle a dressés à une commission de labellisation externe et multipartite qui va les analyser et émettre un avis, après audition de l'organisme demandeur et éventuellement une ou plusieurs visites surprises sur site[1095]. C'est une originalité ici, dans la mesure où les procédures de certification sont généralement téléguidées uniquement par l'organisme certificateur. La décision revient néanmoins à l'AFNOR, qui décide de labelliser le candidat ou non. L'audit porte sur les domaines régis par le cahier des charges (processus de recrutement, formation, implication des partenaires sociaux, communication, relations avec les territoires, évaluation des actions)[1096]. La labellisation vaut autorisation d'utiliser la marque collective « Label Diversité » pour 4 ans. Une attestation de la conformité du système de management de l'organisme aux exigences du cahier des charges est délivrée à l'acquéreur. L'AFNOR peut également refuser la labellisation ou demander une action complémentaire (informations, audition de représentants, etc.). Dans ce cas, le demandeur ne pourra candidater à nouveau qu'à l'issue d'une période de 6 mois échus à compter de la notification motivée de la décision de refus, le temps pour lui de se mettre en conformité avec le cahier des charges. Quoi qu'il en soit, l'AFNOR est tenue d'intégrer l'avis donné par la commission dans ses conclusions définitives qui sont adressées au candidat[1097]. Un audit de suivi obligatoire a lieu 24 mois après la première évaluation, dans des conditions similaires. L'organisme labellisé transmet son dossier actualisé à l'AFNOR qui l'examine. Le suivi comprend à nouveau une

---

[1092] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité comme processus de légitimation organisationnelle. Cadrage théorique et exemples empiriques », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 1, 2017, p. 226.

[1093] Pour un aperçu de la procédure, v. par ex. A. DJABI, S. SAVIGNAC, « Obtenir et renouveler le label diversité » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 450-8 ; SECRETARIAT GENERAL DES MINISTERES SOCIAUX, *Rapport annuel diversité*, 2016.

[1094] Art. 4.1, AFNOR, *Label diversité. Conditions générales labellisation*, 2012, v. 2, p. 3 ; OBEA, *Bilan diversité 2019 […]*, *op. cit.*, p. 2 (environ 30 % des signataires ont répondu en 2019).

[1095] Art. 1er, décr. n° 2019-296 du 9 avril 2019 *relatif à la commission de labellisation du label diversité* ; L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 28, NBP n° 35.

[1096] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit*., p. 269.

[1097] Art. 1er, décr. n° 2008-1344 du 17 déc. 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*.

vérification *in situ*. Les résultats, incluant les recommandations de l'évaluateur, sont communiqués à la commission de labellisation qui va émettre un nouvel avis. Au regard de ces éléments, l'AFNOR peut décider de maintenir la labellisation, demander des informations supplémentaires, diligenter des actions complémentaires, la suspendre ou la retirer. La durée maximale de la suspension ne peut excéder 6 mois. La levée de la suspension fait intervenir la commission de labellisation qui émet un avis dans les mêmes conditions que précédemment, après une nouvelle analyse. La décision de lever la suspension, son maintien ou le retrait de la labellisation appartient à nouveau à l'AFNOR. La procédure de renouvellement est engagée 6 mois avant la fin de la labellisation. Elle marque la transition vers un nouveau cycle de labellisation. La procédure est identique à celle de l'audit de suivi. L'employeur à qui l'organisme a retiré la certification ne pourra demander une nouvelle labellisation qu'à l'issue d'un délai de 6 mois à compter de la notification de sa décision de refus. Pour autant, l'obtention ou le renouvellement du Label certifie seulement le sérieux des pratiques, sans garantir que le contrôlé ne discrimine pas ou ne discriminera pas[1098]. Par conséquent, la labellisation ne dispense pas l'organisme de respecter la loi et ne lui confère une immunité d'aucune sorte en cas de contentieux devant le juge civil, administratif ou pénal[1099]. Du reste, la labellisation n'illustre pas seulement les moyens du suivi régulier des normes relatives à la diversité à l'égard desquelles les acteurs se sont volontairement engagés. Elle porte également la marque de la logique de corégulation avec laquelle les autorités publiques tentent de peser sur leurs comportements.

[1098] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 652.
[1099] *Ibid.*

SECTION 2 – UN DROIT COREGULE

203. Position du problème – Plan – En 2008, I. Van de Walle et X. Mordret s'interrogeaient sur l'attitude de l'État à l'égard des mesures d'autorégulation sur la diversité : les pouvoirs publics étaient-ils dans « *une position de régulation ou de laissez-faire ?* »[1100]. Si dans un premier temps, l'attitude de la puissance publique public était effectivement timide, elle s'est affermie à la fin des années 2000. Désormais, ces derniers entendent conserver un œil sur l'activité normative portant sur la diversité des acteurs. Les autorités cherchent à capter ces démarches éthiques en raison de leurs implications sur l'intérêt général[1101]. La spécificité de cette construction revêt les atours de la corégulation, une notion particulièrement utile pour analyser les développements contemporains de l'appareillage juridique du paradigme de la diversité.

204. La notion de corégulation est empruntée à la littérature anglaise consacrée aux mutations des dispositifs de régulation étatique traditionnels[1102]. Elle n'a pas de définition absolument reconnue. Tout au plus désigne-t-elle « *une stratégie normative des pouvoirs publics, alternative à la réglementation classique, qui vise à susciter, conforter, coordonner ou compléter les régulations extérieures, généralement d'ordre privé* »[1103]. En vérité, la corégulation se définit davantage par la mise en évidence de mécanismes et d'instruments qui produisent des « *effets de régulation* »[1104], par la « *participation de tous à l'exercice des fonctions* »[1105]. En effet, ce modèle n'est pas né « *d'une croyance dans une bonne conscience des* [acteurs], *mais dans l'impossibilité d'atteindre des comportements sans* [leur] *participation volontaire* »[1106]. Il est une réponse au problème de « *trouver des règles efficaces* […] *dans un contexte de mondialisation où chacun sait qu'aucun type d'instance ne peut, à elle seule,*

[1100] I. VAN DE WALLE, X. MORDRET, « De la charte de la diversité à la labellisation. L'État et les entreprises dans la négociation d'une politique de la diversité », CREDOC, *Cahiers de recherche*, n° 255, 2008, p. 49.
[1101] En ce sens, I. DESBARATS, « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *DS*, n° 7-8, 2015, p. 572-81.
[1102] A. LYON-CAEN, « Responsabilités des entreprises et corégulation », *RDT*, n° 9, 2007, p. 549.
[1103] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 45.
[1104] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 152.
[1105] F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, n° 109, 2004, p. 31.
[1106] P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques » *in* G. AFFAKI, C. ATIAS, A. BARTHE et *al*. (dir.), *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 348.

construire et surtout mettre en œuvre ces règles qui font défaut à tous »[1107]. Le fait est qu'à défaut de pouvoir utiliser pleinement la loi comme mode de régulation face à des organisations toujours plus tentaculaires et puissantes, le législateur est tenté par des modes de régulation hybrides[1108]. Il se tourne vers des modalités d'agir moins centrées, moins monopolistiques. L'action est plus indirecte, horizontale, avec de nouvelles formes de contrainte et d'incitation juridiques. Avec la corégulation, « *l'État définit un cadre juridique général dans lequel les acteurs du système agissent librement pour la réalisation d'objectifs* […] *qui présentent un caractère d'intérêt général* »[1109]. Le « *fonctionnement en réseau vient remplacer le fonctionnement hiérarchique, le public et le privé se complètent plutôt qu'ils s'opposent, la négociation et la persuasion se substituent à la logique du command and control* »[1110]. L'intervention étatique est subsidiaire : elle n'est légitime qu'en cas d'insuffisance ou de défaillance des mécanismes d'autorégulation ; l'État encourage les initiatives plutôt que d'agir directement et de manière coercitive[1111]. Il joue sur la responsabilisation des opérateurs de la diversité et s'appuie sur l'internalisation des règles par chacun d'eux, notamment la législation antidiscriminatoire. Il faut dire que la discrimination est « *un phénomène polymorphe, systématique, profondément ancré dans les mentalités et auto-perpétué par le jeu spontané des marchés* »[1112]. Le constat que les États-Unis ont formulé précocement s'est également imposé plus tardivement à la puissance publique : la lutte contre les discriminations et le développement d'une société plus inclusive requièrent « *une attitude "active"* »[1113] de la part de tous les acteurs. Dans la même veine, les pouvoirs publics considèrent qu'il est également du ressort des organisations de lutter contre les inégalités et de promouvoir l'égalité des chances.

205. Sous cet éclairage, la corégulation se présente comme « *un droit "interventionniste"* […] *conçu comme un instrument d'action aux mains de l'État, mis au service de la réalisation de politiques publiques, et tendant, non plus à encadrer les comportements, mais à atteindre*

[1107] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et société*, nº 65, 2012, p. 94.
[1108] S. JACQUOT, *L'action publique communautaire et ses instruments. La politique d'égalité entre les femmes et les hommes à l'épreuve du gender mainstreaming*, Paris, Thèse de doctorat en sciences politiques, IEP de Paris, 2006, p. 146.
[1109] J. – M. SAUVE, « Compliance, droit public et juge administratif » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, 2017, p. 49.
[1110] S. JACQUOT, *L'action publique communautaire et ses instruments […]*, *op. cit.*, p. 146.
[1111] J. CHEVALLIER, « L'état régulateur », *RFAP*, nº 111, 2004, p. 480.
[1112] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, nº 117, 2001, p. 168.
[1113] *Ibid.*

certains objectifs et à produire certains effets économiques et sociaux »[1114]. Ainsi, si les acteurs « *jouent avec le droit, les instances politiques essaient de tourner ce premier jeu à leur avantage* »[1115] pour atteindre les objectifs communs qu'ils se sont fixés : une société caractérisée par l'égalité des chances, où la diversité sociodémographique est présente à tous les échelons et de laquelle les discriminations sont expurgées. La corégulation repose donc sur l'idée que les retombées dépasseront le seul cadre des organisations et profiteront *in fine* à la lutte contre les discriminations et les inégalités[1116]. Le paradigme de la diversité fournit ainsi l'illustration d'une science de gouvernement fondée sur ce modèle.

206. Sur le plan normatif, la corégulation renvoie à l'hybridation des normes[1117]. Elle dépasse le clivage traditionnel entre la régulation privée, assimilée au libéralisme, et la régulation publique, synonyme d'interventionnisme, en s'intercalant entre eux[1118]. Elle tient pour négligeables les *summa divisio* juridiques classiques, telles que le droit privé et le droit public, le droit souple et le droit dur ou les différentes branches du droit[1119]. Elle est symptomatique des transformations de la norme par « *la conjugaison, non seulement des différents niveaux (international, régional, étatique, local), mais aussi des différents types (public, privé) de régulation* »[1120]. En effet, avec la corégulation, les démarches volontaires auxquelles le paradigme de la diversité sert de matrice sont à la fois encouragées (§ 1) et contrôlées par les pouvoirs publics (§ 2).

§ 1 – L'encouragement des démarches volontaires portant sur la diversité

207. Position du problème – Plan – Il n'existe pas une distinction entre deux types d'autorités et de compétences, les unes sous la forme de règles impératives étatiques et les autres, de normes souples édictées par la société civile. Les autorités publiques connaissent aussi d'autres formes d'intervention. Les politiques antidiscriminatoires menées au niveau

---

[1114] J. CHEVALLIER, « L'état régulateur », *op. cit.*, p. 476.
[1115] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" […] », *op. cit.*, p. 93.
[1116] R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail », *Développement durable et territoires*, 2006, § 33.
[1117] A. LYON-CAEN, « Responsabilités des entreprises et corégulation », *op. cit.*, p. 549.
[1118] N. CUZACQ, « Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law », *HAL*, n° hal-00881860, 2012, p. 28.
[1119] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*, p. 151-2.
[1120] J. CHEVALLIER, « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, 2006, p. 149.

européen, national ou local ont ceci de particulier qu'elles associent au processus normatif les acteurs sur lesquels pèse la responsabilité de ne pas discriminer, tout en évitant les procédés de contrainte. Au début des années 2000, l'Union européenne a poussé les États membres à lutter contre les discriminations, sans qu'ils aient vraiment défini le problème à traiter et les actions pour le résoudre. Les pouvoirs publics se sont alors engouffrés dans cette « *action publique sans problème public reconnu* »[1121] en décidant d'encourager les acteurs à s'impliquer dans une démarche volontaire axée sur le paradigme de la diversité[1122]. Suivant les préconisations de Bruxelles, la territorialisation de l'action devait faire émerger des bonnes pratiques directement depuis le terrain qui pourraient ensuite être instrumentées et diffusées[1123]. Un ancien ministre résumait ainsi cette stratégie : « *il incombe à l'État dans cette affaire de jouer un rôle d'entraînement essentiel. Il ne l'assumera pas en ajoutant des textes aux textes et des institutions aux institutions* […] *c'est à la société civile et économique à prendre l'initiative d'actions concrètes que l'État doit éventuellement encourager par le jeu bien rodé de la signature de chartes et l'octroi de labels* »[1124]. Aujourd'hui, la Commission européenne renouvelle cette stratégie en courageant l'échange de bonnes pratiques en matière d'équilibre hommes-femmes dans les conseils d'administration et dans les postes d'encadrement par le biais de la plateforme des chartes de la diversité sur le modèle de ce qu'elle avait déjà mis en place dans les années 2000[1125]. La même méthodologie caractérise la dynamique en faveur de l'égalité des chances à cette époque[1126].

208. Ce choix tactique repose sur une répartition des rôles originale : les autorités s'approprient les enjeux portant sur la diversité que se sont donnés les organisations et les

---

[1121] M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, *Action publique sans problème public reconnu : la lutte contre les discriminations ethno-raciales en France dans les années 2000*, Aix-Marseille, Thèse de doctorat en sciences politiques, Université d'Aix-Marseille, 2013.

[1122] V. J. –P. RAFFARIN *in* C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : Relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Paris, Rapport au Premier ministre, 2004, p. 3-4.

[1123] M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Les projets EQUAL, retour sur une expérimentation : la construction de la lutte contre les discriminations ethno-raciales "à la française" » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, F. HERAN et *al.* (dir.), *Discriminations : état de la recherche*, Marne-la-Vallée, Colloque de l'ARDIS, 13 décembre 2013, p. 15 ; com. nº (2000/C 127/02) du 5 mai 2000 de la Commission aux États membres *établissant les lignes directrices de l'initiative communautaire EQUAL concernant la coopération transnationale pour la promotion de pratiques nouvelles de lutte contre les discriminations et les inégalités de toute nature en relation avec le marché du travail*.

[1124] R. FAUROUX, *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Rapport au ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, p. 1-2.

[1125] Com. nº COM(2020) 152 final du 5 mars 2020 de la Commission au PE, au Conseil, au CESE, au Comité des régions, *Une Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025*, p. 16.

[1126] V. par ex. Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005 ; Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 2 février 2010 ; Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 16 octobre 2010.

encouragent à l'atteindre par leurs propres moyens, sans les « *bousculer* » ou les « *culpabiliser* »[1127]. Ce mode d'action publique est d'autant plus novateur qu'il rompt avec la logique traditionnellement répressive du droit antidiscriminatoire – ce qui, au demeurant, n'a pas empêché son extension législative continue[1128]. Ainsi, le paradigme de la diversité renvoie à des modalités d'action publique fondées sur un droit « *réflexif* » et « *incitateur* »[1129]. Ces caractéristiques trouvent une illustration dans les incitations unilatérales des autorités (A), qui n'hésitent pas à collaborer avec les opérateurs de la diversité pour élaborer des normes concertées (B).

A – Les incitations unilatérales

209. Position du problème – À défaut de tendre à l'exhaustivité, il est possible de retenir quelques exemples représentatifs de la diversité des formes d'incitations unilatérales utilisées par les pouvoirs publics pour pousser les acteurs à agir en faveur de la diversité. En l'occurrence, la corégulation renvoie à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non juridiques. Elle conforte l'idée que « *le droit n'apparaît plus que comme un instrument de "guidance" ou de "pilotage" au service de politiques qui le dépassent et* [que] *les instruments juridiques sont désormais combinés avec des moyens d'action extrajuridiques, selon un agencement complexe* »[1130].

210. Les incitations extrajuridiques – L'importance prise par ces modalités d'intervention extrajuridiques suppose d'en dire quelques mots pour mettre en lumière les aspects de la corégulation qui ne se limitent pas à l'action juridique. En marge du droit, les pouvoirs publics se livrent à une « *contre-capture* »[1131] des initiatives volontaires des acteurs. Par le jeu de la promotion institutionnelle, ils happent leurs actions dans le giron public. Ces actions peuvent s'apparenter à des mécanismes d'incitation ou « *nudging* » (« coup de pouce »), c'est-à-dire des suggestions, des incitations indirectes, visant à influencer la prise de décision[1132]. Dans ce contexte, une réflexion a été engagée très tôt à la demande des autorités européennes pour

---

[1127] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 69.
[1128] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 212, NBP n° 5 ; R. FAUROUX, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, 2005, p. 1.
[1129] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 832.
[1130] J. CHEVALLIER, « Introduction » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al.*, *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4, 2012, p. 710.
[1131] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" […] », *op. cit.*, p. 100.
[1132] En ce sens M. MERCAT-BRUNS, « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *RDT*, n° 1, 2020, p. 25-41.

favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux en vue de la promotion de l'égalité de traitement par des conventions collectives, des codes de conduite, et par la recherche ou l'échange d'expériences et de bonnes pratiques[1133]. Au niveau national, les pouvoirs publics ont encouragé « *l'élaboration d'outils* […] *permettant* [aux organisations] *de parvenir efficacement à* [un] *objectif* »[1134] de diversité et d'égalité des chances, à la suite de quoi, l'État s'est fait le relai institutionnel de ces instruments. Depuis, les autorités n'ont de cesse d'encourager les acteurs à adopter ces outils[1135]. La Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence du 17 janvier 2005 prévoit par exemple que le ministère du Travail mobilise ses réseaux et promeut l'opération auprès de ses partenaires publics et privés[1136]. Dans le même sens, une circulaire de 2017 incite les employeurs publics à structurer leur action au sein de plans en faveur de la diversité, considérés comme un « *facteur majeur d'un processus de labellisation réussi et inscrit dans la durée* »[1137]. La Charte de la diversité est relayée par un ensemble de partenaires institutionnels, comme l'ANCT, la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), la Direction de l'intégration et de l'accès à la nationalité (DIAN) ou encore Pôle emploi[1138]. Dans certains secteurs, ces incitations pilotées directement par l'État sont redoublées par les orientations des régulateurs. Par exemple, le CSA encourage les acteurs de l'audiovisuel à obtenir le Label, en insistant sur l'exemplarité du service public[1139].

211. L'un des ressors de l'incitation est de s'appuyer sur la légitimité de la norme, ce qui implique que cette dernière soit perçue comme étant utile pour répondre à des préoccupations économiques ou sociales et juste, au sens où elle est proportionnée à son objectif. C'est pourquoi les autorités diffusent les discours utilitaristes sur le thème de la diversité, en ayant

---

[1133] Art. 11, dir. nº 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* ; art. 13, dir. nº 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*. Sur cette question, v. plus largement E. MAZUYER, S. DE LA ROSA, « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la soft law », *Cahiers de droit européen*, nº 3-4, 2009, p. 295-333.

[1134] J. –P. RAFFARIN *in* C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France […]*, *op. cit*., p. 4.

[1135] V par ex. COMITE INTERMINISTERIEL A L'INTEGRATION, *Dossier de presse*, 2006, fiche nº 9 « Assurer l'égalité des chances d'accès à l'entreprise », p. 27.

[1136] §2, Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005.

[1137] Circ. nº NOR : RDFF1710873C du 3 avril 2017 *relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique*, p. 7.

[1138] V. le site internet de la Charte.

[1139] CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2010*, 2011, p. 19. V. déjà HALDE, *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française*, 2009, p. 86.

participé dès les origines à la construction d'une expertise pour mettre « *en lumière des intérêts propres aux* [organisations] *qui s'engagent en faveur de la diversité et de l'égalité des chances* »[1140]. « *Ici, le discours change du tout au tout : il ne s'agit plus de présenter la discrimination comme un délit, mais comme un gâchis économique et une perte de dynamisme pour la société tout entière* »[1141]. Les bons élèves sont ensuite récompensés par la remise d'un prix ou d'une médaille, lors de cérémonies officielles destinées à faire la promotion de leur exemplarité. C'est ainsi qu'un « TOP 10 des recruteurs de la diversité » est organisé avec le soutien de l'État depuis 2016[1142]. De la sorte, les pouvoirs publics légitiment l'instrumentation du paradigme de la diversité comme un « *complément managérial cohérent* »[1143] du cadre juridique antidiscriminatoire. L'appel de la campagne Progress, « Pour la Diversité. Contre les Discriminations », avec laquelle les instances de l'Union européenne se sont attachées à diffuser une vision utilitariste de la diversité est un exemple de cette compatibilité supposée[1144].

212. Les financements et incitations financières – De fil en aiguille, ces diverses incitations institutionnelles se prolongent dans la promotion d'un environnement de nature à favoriser la mobilisation positive des acteurs. Pour ce faire, les pouvoirs publics prennent en charge le coût de l'expertise dont ils ont besoin. L'État a contractualisé des expérimentations, dont il a assuré le financement, dans l'objectif de faire émerger, fructifier et évaluer des bonnes pratiques relatives à la diversité[1145]. De la même manière, l'Union européenne a financé diverses initiatives de terrain. Lancé en 2000 pour accompagner l'action législative de l'Union, le programme EQUAL a permis de financer en partie la Charte de la diversité et d'instaurer des projets associant les entreprises aux services de l'État et aux intermédiaires de l'emploi[1146]. Dans ce contexte, le droit sert aussi de support à des incitations financières, ce que N. Bobbio

---

[1140] J. –P. RAFFARIN *in* C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France […]*, *op. cit.*, p. 4.
[1141] G. CALVES, « Sanctionner ou réguler: L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 4, 2008, p. 42.
[1142] V. par ex. « Top 10 des recruteurs de la diversité : les lauréats de la 4e édition », *Les Echos*, 29 novembre 2019.
[1143] I. VAN DE WALLE, X. MORDRET, « De la charte de la diversité à la labellisation. L'État et les entreprises dans la négociation d'une politique de la diversité », CREDOC, *Cahiers de recherche*, n° 255, 2008, p. 16.
[1144] Déc. n° 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006)*. V. aussi dans le cadre du traité de Londres, CONSEIL DE L'EUROPE, *Livre blanc sur le dialogue interculturel : Vivre ensemble dans l'égale dignité*, 2008, p. 12.
[1145] CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, 2005, p. 256.
[1146] V. par ex. art. 3, 1., c), ii) règl. (CE) n° 1081/2006 du PE et du Conseil du 5 juillet 2006 *relatif au Fonds social européen et abrogeant le règlement (CE) n° 1784/1999*. Pour un aperçu des projets EQUAL, v. par ex. M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Les projets EQUAL, retour sur une expérimentation […] », *op. cit.*, p. 8 ; E. LEPINARD, P. SIMON, *From integration to antidiscrimination… to diversity? Antidiscrimination politics and policies in French workplaces*, Commission européenne, 2008, p. 18-20.

appelle la « *fonction promotionnelle du droit* »[1147]. Par exemple, le Code du travail conditionne l'attribution de bonifications financières dans certaines entreprises à la mise en œuvre d'actions en faveur de la diversité[1148]. La promotion de la diversité dans les achats éthiques est une autre illustration de cette logique. Elle signale un changement d'échelle et une volonté de pérenniser ce type de soutien[1149]. Pour Bruxelles, il faut « *encourager le marché à récompenser le comportement responsable des entreprises, au moyen notamment d'une politique au niveau des investissements et des marchés publics* »[1150]. Par conséquent, « *c'est bien pour inciter les entreprises à adopter des pratiques commerciales responsables qu'un tel renforcement de la place de l'achat éthique dans l'achat public a été décidé : une orientation législative révélatrice d'une volonté des pouvoirs publics de peser sur l'action des organisations privées, non par le biais de la contrainte, mais par celui de l'incitation, via une modification du système économique, susceptible d'affecter les paramètres de la rentabilité* »[1151]. Les enjeux financiers sont importants, puisque la commande publique représenterait près de 10 % du PIB[1152].

213. Les incitations normatives – Par définition, ces incitations caractérisent des mécanismes qui n'ont pas recours directement à la contrainte. Elles visent à faciliter l'adoption d'une conduite attendue par la facilitation[1153]. Pour son destinataire, l'intérêt de l'incitation réside dans la « *mise à l'écart d'un cadre normatif moins favorable* »[1154], autrement dit, la contrainte. Elle est inséparable d'un mode d'action publique qui appréhende les individus et les organisations comme des acteurs rationnels et intéressés et non comme de simples sujets de droit[1155]. Ici, le rôle joué par les autorités de régulation est essentiel. Le Défenseur des droits, l'AMF, le CSA ou la CNIL puisent dans leurs prérogatives pour formuler des recommandations portant sur la diversité[1156]. Ils s'emploient également à recueillir et diffuser les pratiques

---

[1147] N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 75.
[1148] Art. D. 5121-8, 7 c. trav. V. aussi anc. art. 3, décr. n° 2012-484 du 13 avril 2012 *relatif à la réforme des aides à la presse et au fonds stratégique pour le développement de la presse*.
[1149] Art. R. 2152-7, 2°, a) CCP codifié par annexe, décr. n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 *portant partie réglementaire du code de la commande publique* ; v. *supra* § 97 et suiv.
[1150] COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission européenne au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, 2011*, n° COM (2011) 681 final, § 2, p. 7.
[1151] I. DESBARATS, « La RSE en droit français […] », *op. cit.*, p. 572-81.
[1152] *Ibid.* ; INSTITUT MONTAIGNE, *Dix ans de politiques de diversité : quel bilan ?*, 2014, p. 52.
[1153] Selon N. Bobbio, l'incitation peut faciliter ou récompenser. V. N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit, op. cit.*, p. 179 et suiv.
[1154] O. LECLERC, T. SACHS, « Gouverner par les incitations […] », *op. cit.*, 2015, p. 178.
[1155] *Ibid.*
[1156] V. par ex. CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances : Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012 ; sur le *reporting*, v. AMF, recom. n° DOC2016-13, *Responsabilité sociale, sociétale et environnementale*.

volontaires des organisations. À cet effet, la HALDE, puis le Défenseur des droits ont pris l'habitude de collecter, évaluer et promouvoir les bonnes pratiques des acteurs[1157]. Dans le même ordre d'idées, le CSA recueille chaque année les pratiques des éditeurs de services audiovisuels sur la représentation de la diversité de la société française, dont il assure la publicité dans son rapport annuel sur le sujet[1158]. Ce faisant, il arbitre pour attribuer les bons et les mauvais points, bien plus qu'il ne se fait gendarme. Dans le même ordre d'idées, le Gouvernement a annoncé la création d'un index de la diversité qui sera proposé aux organisations au cours de l'année 2021. Un peu sur le modèle de l'index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et d'autres outils de *benchmark* conçus par les acteurs privés[1159], cet outil devrait permettre à celles qui le souhaitent d'évaluer leurs pratiques.

214. Quelle que soit leur forme, ces incitations ne sont pas neutres ni dénuées de portée. En effet, « *le seul fait de suggérer un comportement, qui était auparavant totalement libre tend déjà, plus ou moins directement, à limiter l'usage d'autres comportements. Ces derniers ne sont certes pas interdits, mais ils ne sont pas suggérés et n'entrent donc pas dans le comportement* […] *à suivre* »[1160]. À nouveau, il s'agit bien de « *favoriser l'autodiscipline avant d'en arriver à l'énoncé de normes contraignantes* »[1161]. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que cette méthode « *douce et persuasive* »[1162] reposant sur l'implication volontaire des acteurs n'est pas toujours celle retenue par le système juridique. En droit du travail par exemple, l'égalité ou l'insertion professionnelle sont des thèmes de négociation collective obligatoire qui présentent moins de souplesse (encadrement des périodicités et des modalités de négociation, instauration de sanctions, etc.)[1163].

[1157] V. par ex. les rapports publiés entre 2006 et 2011, HALDE, *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité. Que répondent les entreprises à la HALDE ?* ; DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015.

[1158] V. par ex. CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2019 et actions 2020*, 2021, not. p. 67 et suiv. sur les actions des éditeurs.

[1159] Art. 104, loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel* ; décr. 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* ; https://www.mixity.co/search/ ; MIXITY, *Étude 2021 des tendances de la diversité et de l'inclusion*, 2021.

[1160] X. MAGNON, « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 957.

[1161] J. –L. AUTIN, « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public » *in* M. MAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 55.

[1162] F. FAVENNEC-HERY, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *DS*, n° 1, 2007, p. 3-7.

[1163] Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent pour négocier, tous les quatre ans (art. L. 2241-5 c. trav.), sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et en matière d'insertion professionnelle et de maintien dans l'emploi des travailleurs en situation de

B – La coproduction normative

215. Position du problème – Plan – Le paradigme de la diversité renvoie à des modalités juridiques où l'État n'agit pas seul. Il s'adjoint l'appui de partenaires comme les associations, les collectivités territoriales, les autres personnes publiques ou les entreprises. Par suite, les frontières entre initiative privée et contrainte publique se brouillent. Volontiers multilatéral, il « *n'impose* [plus seulement] *"d'en haut" les actions à poursuivre ; celles-ci sont désormais "coproduites"* »[1164]. Cette « *régulation collaborative* »[1165] se traduit par la définition concertée des modalités d'agir, en tirant profit de l'expérience pratique des acteurs. Elle peut se traduire par une inclusion volontaire de ces derniers dans un cadre prédéfini, tel que l'adoption de chartes, la création de labels ou de normes techniques[1166]. Ce décloisonnement est motivé par le souci d'efficacité et de pallier les déficiences des outils classiques d'action[1167]. Il s'agit, « *en multipliant les contacts avec les acteurs sociaux, d'accroître la pertinence des textes et de rendre plus facile leur exécution ; la force de la règle de droit est censée provenir moins du fait qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire auquel tous sont tenus de se soumettre, que du consensus dont elle est entourée* »[1168]. En ce sens, le « *droit tendrait à devenir "une sorte de technique de cogestion des conduites", produit d'un dialogue permanent entre gouvernants et gouvernés* »[1169]. Au fond, la coproduction serait l'expression d'une « *démocratie dialogique* […] *qui, au-delà des formes classiques de la démocratie représentative et de la démocratie participative, et pour en compenser les déficits éventuels, associerait plus systématiquement les représentants de la société civile à l'exercice du pouvoir* »[1170].

handicap (art. L. 2241-1 c. trav.). Les employeurs occupant au moins 20 salariés peuvent s'acquitter de l'obligation d'emploi de personnes handicapées en concluant un accord de groupe, d'entreprise ou d'établissement sur la mise en œuvre d'un programme annuel ou pluriannuel en faveur des travailleurs (art. L. 5212-8 c. trav.). Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année, une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (art. L. 2242-1 c. trav.).

[1164] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 87.

[1165] R. –O. MAISTRE, « La régulation des médias audiovisuels à l'ère numérique », *CCE*, n° 5, 2019, p. 6-7.

[1166] CSA, *Refonder la régulation audiovisuelle*, 2018, p. 35.

[1167] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme […]*, *op. cit.*, p. 86 ; S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 10.

[1168] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 200.

[1169] *Ibid.*, p. 181.

[1170] G. TIMSIT, « E= R.S 2 : Le nouveau retour de l'État ? Réflexions sur l'expérience française », *RISA*, n° 4, 2006, p. 619, NBP n° 11. V. aussi G. TIMSIT, « Normativité et régulation », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, no 21, 2006, p. 84-7.

216. L'idée trouve à s'appliquer avec la contractualisation. Puissance publique et autres partenaires publics ou civils s'associent à travers le contrat pour organiser et décliner des actions en faveur de la diversité sous le sceau du consensus[1171]. Avec pragmatisme, l'objectif est de piloter les acteurs concernés, en épousant leur logique, non de les soumettre à une contrainte externe[1172]. La convention permet de formaliser leur accord en consignant les engagements acceptés par les parties et les obligations qu'elles consentent à assumer. Elle tend à limiter les comportements passifs ou hostiles, en incitant les interlocuteurs à adopter la conduite souhaitée[1173]. Avec la contractualisation, les personnes publiques cherchent à tirer parti de son caractère normatif pour orienter les comportements[1174]. Ils impulsent, collaborent et coordonnent les initiatives[1175]. Le contrat par lequel ces échanges sont formalisés donne à l'acteur décisionnel le rôle d'un « *régulateur de terrain* »[1176], inspiré du secteur économique des marchés. À côté du contrat, la coproduction normative se concrétise également dans des normes souples dont l'élaboration est concertée. Le référentiel de bonnes pratiques de l'économie sociale et solidaire (1) et le Label diversité (2) en sont de bonnes illustrations.

1 – Le référentiel de bonnes pratiques du Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire

217. La recherche de la légitimité de la norme – La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire est exemplaire de l'association des destinataires de la norme relative à la diversité à son élaboration. Elle est topique des formules juridiques hybrides qui caractérisent la corégulation. L'un des apports de ce texte est de moderniser le Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire (CSESS) et de lui conférer de nouvelles prérogatives. À ce titre, le législateur l'a chargé d'élaborer « *un guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire* »[1177]. Selon l'article 3 de la loi, ce référentiel[1178] concerne notamment « *la situation de l'entreprise en matière de diversité, de lutte contre les discriminations et d'égalité réelle entre les femmes et*

[1171] V. *supra* § 85 et suiv.
[1172] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 73.
[1173] J. CHEVALLIER, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA*, no 2, 2018, p. 209-13.
[1174] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 178 ; G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 73.
[1175] A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites et repositionnement organisationnel. Le cas des politiques d'ouverture sociale en France, et d'*outreach* en Angleterre », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, no 7, 2008, p. 155-71, § 18.
[1176] Y. GAUDEMET, « Introduction », *RFAP*, no 109, 2004, p. 15.
[1177] Art. 3, loi no 2014-856 du 31 juillet 2014 *relative à l'économie sociale et solidaire*.
[1178] CSESS, *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016, Livret 1 ; CSESS, *Notice détaillée du Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016, Livret 2.

les hommes en matière d'égalité professionnelle et de présence dans les instances dirigeantes élues »[1179]. La spécificité du CSESS est d'être une instance de dialogue entre les différentes parties prenantes du secteur de l'économie sociale et solidaire[1180]. Placé auprès des services du Premier ministre et présidé par le ministre chargé de l'économie sociale et solidaire, il est composé de plusieurs dizaines de représentants du secteur de l'ESS et du secteur public (élus, hauts fonctionnaires, membres du Conseil économique, social et environnemental)[1181]. Cette composition paritaire est pensée pour garantir la légitimité de ce guide. Elle se veut le reflet de la compétence sectorielle des acteurs, gage de « *l'acceptabilité sociale* »[1182] de cet outil, étroitement associée à la poursuite de l'intérêt général incarnée par les acteurs publics[1183]. Le recours aux services d'un organisme paritaire est aussi la manifestation pragmatique d'une norme appelée à couvrir un grand nombre de structures aux statuts divers et aux pratiques à harmoniser[1184]. En effet, auparavant certains employeurs de l'économie sociale et solidaire avaient déjà adopté des instruments relatifs à la diversité et élaboré un guide de bonnes pratiques sur ce sujet[1185]. Elle illustre la contre-capture par les pouvoirs publics de normes volontaires. À cet égard, la volonté du législateur avec le guide du CSESS est bien de peser sur les pratiques du secteur. L'emploi du pronom possessif « *sa* » dans les interrogations que le référentiel recommande aux entreprises de se poser à fins de diagnostic – l'entreprise « *A-t-elle défini sa politique diversité ?* »[1186], etc. – est symptomatique d'une instance qui ne laisse guère de place à l'alternative. En dépit de l'affirmation du caractère indicatif, non obligatoire et non exhaustif du guide, il paraît délicat pour une entité qui revendique son appartenance au secteur de se soustraire aux recommandations qui le régissent[1187]. En outre, l'idée d'une « *adhésion forcée* »[1188] qui ne dit pas son nom est renforcée par l'absence de mécanisme alternatif du type

---

[1179] Art. 3, 6°, loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 *relative à l'économie sociale et solidaire*.
[1180] Art. 4, I., *ibid*.
[1181] Art. 4, *ibid*. ; art. 1er décr. n° 2015-732 du 24 juin 2015 *relatif au Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire*.
[1182] CE, *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public, 2011, p. 22.
[1183] H. DURAND, « Le principe "comply or explain" appliqué aux entreprises sociales et solidaires : se conformer, sans pouvoir se justifier », *D.*, n° 29, 2014, p. 1645-6.
[1184] Art. 3, I, loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 *relative à l'économie sociale et solidaire*. Il s'agit de mutuelles ou unions, de sociétés d'assurance mutuelles, de fondations, d'associations ou encore toutes les formes de sociétés commerciales qui entrent dans le champ de l'ESS au sens de l'art. 1er de la loi.
[1185] UDES, *L'économie sociale et solidaire au-devant de la diversité : de l'engagement aux pratiques*, UDES, 2009.
[1186] CSESS, *Guide définissant les conditions d'amélioration […]*, *op. cit*., Livret 1, p. 9.
[1187] *Ibid*., p. 3 et 5 ; H. DURAND, « Le principe "comply or explain" […] », *op. cit.*, p. 1645-6.
[1188] H. DURAND, « Le principe "comply or explain" […] », *op. cit.*, p. 1645-6. V. ég. M. DAUNIS, *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, relatif à l'économie sociale et solidaire*, Sénat, n° 563, 2014, p. 29.

« *comply or explain* » lorsqu'une entreprise de l'économie sociale et solidaire n'applique pas ce référentiel. Que ce soit en matière d'image, vis-à-vis des investisseurs ou même des pairs, le guide fait ici office de loi de l'économie sociale et solidaire revêtue d'une triple légitimité : législative, sociétale et sectorielle. Avec ce référentiel de bonnes pratiques, coproduction rime sans conteste avec corégulation, à l'instar d'un autre outil de droit souple destiné à réguler la diversité dans le domaine de l'emploi, le Label.

2 – Le Label diversité

218. Propriétés – Le Label diversité est un autre de ces instruments à la fois « *réflexif* » et « *incitateur* »[1189], caractéristique de la corégulation. L'État joue sur le levier instrumental afin d'atteindre l'égalité en renvoyant à des impératifs de gestion. Divers travaux sur la labellisation ont mis en exergue la spécificité du mode opératoire du « *gouvernement par les labels* »[1190]. « *Celui-ci mise et joue sur la volonté que manifestent les acteurs pour se positionner et se distinguer les uns par rapport aux autres dans un champ concurrentiel donné (qu'il s'agisse du marché ou de modes réputationnels), afin de les orienter avec souplesse vers des options que les acteurs de l'action publique* […] *considèrent comme collectivement bénéfiques* »[1191]. Cette dimension incitative explique que la labellisation « *concerne plus particulièrement les domaines correspondant à des problématiques émergentes de l'action publique, marquées par une faible formalisation des problèmes et des solutions, une distribution incertaine des responsabilités entre diverses institutions et professions, ainsi que par un déficit de légitimité et de ressources financières* »[1192]. Sous ce rapport, le gouvernement par les labels répond avec pragmatisme aux difficultés de la lutte contre les discriminations à se hisser au rang d'un domaine d'action publique autonome[1193].

219. Consistance – Après un premier Label égalité en 2004[1194], le Label diversité a été créé par décret en 2008[1195]. Propriété de l'État, ce référentiel « *a pour objet de promouvoir les*

[1189] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 832.
[1190] H. BERGERON, P. CASTEL, S. DUBUISSON-QUELLIER, « Gouverner par les labels : Une comparaison des politiques de l'obésité et de la consommation durable », *Gouvernement et action publique*, n° 3, 2014, p. 10.
[1191] *Ibid.*
[1192] V. BEAL, R. EPSTEIN, G. PINSON, « La circulation croisée. Modèles, labels et bonnes pratiques dans les rapports centre-périphérie », *Gouvernement et action publique*, n° 3, 2015, p. 113.
[1193] L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 4.
[1194] Arr. n° NOR : MPEC0411832A du 2 septembre 2004 *relatif à la commission de labellisation de l'égalité professionnelle*. Sur ce label, v. par ex. C. LUNCHI, S. BUREAU NECH, « Le Label égalité professionnelle » *in* J. – M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 161-8.
[1195] Décr. 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*

bonnes pratiques de recrutement, d'évolution professionnelle et de gestion des ressources humaines des entreprises ou des employeurs de droit public ou privé, en vue de développer la diversité et de prévenir les discriminations »[1196]. Il conduit essentiellement les organisations à se mettre en conformité avec le cadre juridique de la non-discrimination à travers sept domaines d'intervention et à le signaler aux tiers. Il n'impose aucune action positive. Ses titulaires sont tenus par une obligation de moyens, plutôt que de résultats. Cette norme est devenue une sorte de référentiel de normalisation et de professionnalisation des actions portant sur la diversité[1197]. Avec ses trois cahiers des charges, le Label s'adresse à tous les employeurs : entreprises, associations, ministères, collectivités territoriales, administrations et établissements publics[1198]. Ce caractère « *tout terrain* »[1199] témoigne de sa proximité avec le *new management public* qui rapproche la gestion publique de la gestion privée et prône une approche pragmatique des problèmes. De ce point de vue, il y a derrière le Label un phénomène de circulation croisée des pratiques[1200]. L'État repère, valide et promeut les bonnes pratiques selon une logique d'*uploading* (les faire remonter, les sélectionner et les modéliser) et de *downloading* (les diffuser et les intégrer aux cadres de l'action publique)[1201]. Un label diversité, en conformité avec une norme européenne a même été envisagé un temps, mais le projet semble au point mort[1202].

220. L'implication des cibles de l'action publique – En l'espèce, la création de ce Label « *s'apparente beaucoup* […] *à un processus de délégation aux acteurs de la société du soin de réguler une activité, sous couvert du contrôle des pouvoirs publics. Elle prend acte des interdépendances qui unissent différents acteurs pour concevoir des règles qui organisent leurs*

---

d'une commission de labellisation. Sur ce label, v. par ex. P. BERNARD, A. CREPIN, T. GEOFFROY et *al*. « Le Label diversité » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 155-60.

[1196] Art. 1er, décr. nº 2008-1344 du 17 décembre 2008 *relatif à la création d'un label […]*, *op. cit*.

[1197] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité […] », *op. cit.*, p. 226.

[1198] AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges applicable à l'Etat 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*, version 1, 24 décembre 2015 ; AFNOR, *« 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*, version 1, 24 décembre 2015 ; AFNOR, *« 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*, version 1, 24 décembre 2015.

[1199] L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 30.

[1200] V. BEAL, R. EPSTEIN, G. PINSON, « La circulation croisée […] », *op. cit.*, p. 103-27.

[1201] *Ibid.*, p. 115.

[1202] H. GARNER-MOYER, « Quelle est la place du genre dans les accords sur la diversité ? » *in* ASSOCIATION FRANCOPHONE DE GESTION DES RESSOURCES HUMAINES, *Genre et Diversité en Gestion*, Paris, Colloque de l'AFRH, 15 janvier 2009, p. 10 ; DELOITTE, *La promotion de la diversité dans les entreprises […]*, *op. cit.*, p. 31.

relations »[1203]. Le lancement s'est fait par l'intermédiaire d'experts mobilisés pour l'occasion par les pouvoirs publics dans des groupes de travail. Après un départ quelque peu erratique[1204], la Direction de l'accueil, de l'intégration et de la citoyenneté (DAIC) a chargé l'Association nationale des directeurs et cadres de la fonction personnel (aujourd'hui Association nationale des directeurs des ressources humaines, ANDRH) de commander le Label à l'AFNOR[1205]. Des membres de ces organisations, ainsi que l'État, des collectivités territoriales, des entreprises, des cabinets de recrutement, des avocats, des universitaires et des représentants du patronat et des syndicats ont élaboré le cahier des charges de labellisation au sein de divers groupes de travail, tandis que la DAIC et l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSÉ) ont financé le projet[1206]. Le Label a d'abord été piloté par la Direction de la population et des migrations (DPM), et depuis 2014 par la DGEFP et la DGAFP. Ce co-portage marque le rapprochement avec le Label Égalité sous le dispositif Alliance et inaugure une nouvelle aire couvrant la totalité de l'emploi en France[1207].

221. Le Label a participé à la construction d'une conception de la régulation négociée entre les entreprises privées, les organisations syndicales et les acteurs publics. En effet, « *un relatif consensus s'est installé pour faire de la gestion de la diversité un pont entre les intérêts des entreprises, la défense des salariés et les politiques publiques de réduction des inégalités sur le marché du travail* »[1208]. Le Label assure ainsi la synthèse des intérêts en présence. Les réseaux d'entreprises et les organisations patronales ont cherché à participer à l'élaboration de cette norme pour limiter l'empreinte du droit, perçu comme une entrave à leurs activités[1209]. Les organisations syndicales se sont investies dans le processus pour ne pas être mises à l'écart d'une démarche managériale, alors que l'État a joué la carte de la responsabilité sociale[1210].

[1203] O. BORRAZ, « Les normes. Instruments dépolitisés de l'action publique » *in.* P. LASCOUMES, P. LE GALES (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 149.
[1204] L'idée est évoquée en 2004 avec le Plan de cohésion sociale (2005-2009) présenté par le ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, Jean-Louis Borloo (programme 20). Dès 2005, il est porté par A. Begag, alors ministre délégué à l'Égalité des chances. Celui-ci charge l'ANDCP (devenue ANDRH) de constituer un groupe de travail. Les circonvolutions politiques et l'échéance des élections présidentielles mettront un temps le projet au point mort. V. MINISTERE DE L'EMPLOI, DU TRAVAIL ET DE LA COHESION SOCIALE, *Plan de cohésion sociale*, 2004, p. 42.
[1205] I. VAN DE WALLE, X. MORDRET, *De la charte de la diversité à la labellisation […]*, *op. cit*., p. 42.
[1206] HCI, *Rapport annuel du Haut conseil à l'intégration pour le second semestre de l'année 2011 et l'année : Intégrer dans une économie de sous-emploi*, 2013, vol. II, t. 1, p. 109.
[1207] DDD, DGAFP, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, 2015, p. 23.
[1208] I. VAN DE WALLE, X. MORDRET, *De la charte de la diversité à la labellisation […]*, *op. cit*., p. 46.
[1209] *Ibid.*
[1210] *Ibid.*

Ainsi, le Label témoigne de la volonté des pouvoirs publics de participer au processus de traduction managérial du droit antidiscriminatoire et de peser dans la balance[1211]. La normalisation « *est utilisée comme un instrument souple, soft, au soutien ou en complément de la législation sur la prohibition des discriminations* […] *Le mécanisme de régulation sociale clairement assumé par la normalisation* [est] *bien visible dans la labellisation "Diversité"* »[1212]. Loin de traduire un désengagement de l'État, cette norme marque un renforcement du gouvernement des conduites individuelles et collectives. La création par décret du Premier ministre et la signature de nombreux ministres revêtent une portée juridique et symbolique forte. À titre de comparaison, le Label égalité a uniquement été créé par arrêté de la ministre de la Parité et de l'Égalité professionnelle[1213]. Pour autant, le Label s'inscrit bien dans la trajectoire d'une régulation négociée. L'État pilote seulement à distance l'instrument. Il se veut « *moins "monopolistique", plus horizontal, plus "participatif"* »[1214]. Le cahier des charges a d'ailleurs été principalement développé par les destinataires de la norme. La puissance publique ne l'a pas élaboré elle-même, comme en Belgique[1215]. Peut-être est-ce là une des clés de son succès en comparaison de son homologue belge, tombé en désuétude au bout de quelques années[1216]. La composition des groupes de travail atteste du rapport de force exercé pour négocier ce document. Les organisations professionnelles, déjà fortement mobilisées en faveur de la création d'un instrument de labellisation[1217], y étaient fortement représentées[1218]. En outre, le décret pose très peu de conditions pour encadrer la procédure d'attribution. Les pouvoirs publics et les représentants syndicaux n'interviennent qu'au moment de la phase précédant la

---

[1211] L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 19 ; H. GARNER-MOYER, « Quelle est la place du genre dans les accords sur la diversité ? », *op. cit.*, p. 10.
[1212] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique […]*, *op. cit.*, p. 270.
[1213] Arr. nº NOR : MPEC0411832A du 2 septembre 2004 *relatif à la commission de labellisation de l'égalité professionnelle*.
[1214] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 207.
[1215] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, DARES, nº 182, 2014, p. 19 ; J. RINGELHEIM, V. VAN DER PLANCKE, « Plans de diversité dans l'entreprise : action positive ou communication positive ? Le cas de la Région de Bruxelles-Capitale » *in* S. VAN DROOGHENBROECK, S. SOTTIAUX, C. BAYART (dir.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, La Charte, 2010, p. 331-4.
[1216] A. TANDE, *Lutter contre les discriminations ethno-raciales et/ou promouvoir la diversité dans le domaine de l'emploi ? Le développement d'une action publique ambiguë en Région de Bruxelles-Capitale (1997-2012)*, Lille, Thèse de doctorat en sciences politiques et sociales, Université Lille 2, Université Libre de Bruxelles, 2013, p. 52.
[1217] V. par ex. : R. FAUROUX, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 38-9 ; Y. SABEG, L. MEHAIGNERIE, *Les oubliés de l'égalité des chances. Participation, pluralité, assimilation… ou repli ?*, Institut Montaigne, 2005, p. 15, 123 ; F. SYLLA, *L'emploi des jeunes des quartiers populaires*, Avis et rapports du Comité économique et social, 2008, nº 25, p. 53.
[1218] L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 22.

décision de l'AFNOR, sous la forme d'un avis non conforme[1219]. Les velléités ultérieures de rendre le Label diversité obligatoire au-delà d'un certain seuil de personnel ont toutes été écartées face aux objections et au risque de torpiller le Label[1220]. L'outil demeure fondamentalement caractérisé par la collaboration et l'incitation.

222. Un outil de persuasion entre les mains de l'État – Ce volet est significatif en l'espèce. La labellisation est un signe distinctif valorisant. Il est une reconnaissance officielle de l'État. La certification par l'AFNOR confère une légitimité à son titulaire par la neutralité et l'expertise qu'elle représente[1221]. Avec le Label, les entreprises envoient un signal positif à leurs parties prenantes, tandis qu'il donne une image de proximité avec la population aux administrations publiques[1222]. La démarche est appréciée par les organisations labellisées qui y voient une manière de s'engager positivement dans la lutte contre les discriminations, autrement que sous la contrainte et la crainte de la sanction. Cependant, la labellisation n'est pas définitive, elle oblige ses titulaires à un investissement et à une adaptation constante. Le Label entretient ainsi une dynamique de renouvellement et d'amélioration continue fondée sur l'intérêt de le conserver[1223].

223. Il est remarquable ensuite que ce soient les pouvoirs publics qui assurent la promotion du Label, en mettant en scène les labellisés et en communiquant sur l'instrument[1224]. L'action est ostensiblement publicisée par l'organisation de cérémonies au cours desquelles des représentants de l'État remettent le Label diversité aux organismes qui l'ont obtenu. Pour ne prendre qu'un exemple, il a été inauguré en grand apparat en présence de plus de 200 personnes et ses dix ans ont été récemment célébrés dans des conditions tout aussi médiatisées[1225]. Ce type de cérémonie vise à promouvoir l'exemplarité en stimulant l'imitation et à entretenir la compétition[1226]. La remise de prix ou de distinctions aux plus méritants fait partie intégrante du

---

[1219] Art. 1er, décr. nº 2008-1344 du 17 décembre 2008 *relatif à la création d'un label […]*, *op. cit.* V. arr. nº NOR : MTRD1917369A du 18 juin 2019 *portant nomination à la commission de labellisation du label diversité*.
[1220] L. PECAUT-RIVOLIER, *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, 2013, p. 73.
[1221] L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 26.
[1222] AFNOR, *Fiche certification Label Diversité*, 2012 ; témoignage d'un cadre territorial au département de Seine Saint-Denis *in* L. BERENI, R. EPSTEIN, *Instrumenter la lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 83.
[1223] H. BERGERON, P. CASTEL, S. DUBUISSON-QUELLIER, « Gouverner par les labels […] », *op. cit.*, p. 23.
[1224] *Ibid.*, p. 21-3.
[1225] V. par ex. « Le label diversité remis à 36 nouveaux organismes », *Liaisons sociales Quotidien*, nº 16 713, 17 novembre 2014 ; GOUVERNEMENT, *10 ans Label diversité. Public, privé : les employeurs s'engagent contre les discriminations*, 2019.
[1226] H. BERGERON, P. CASTEL, S. DUBUISSON-QUELLIER, « Gouverner par les labels […] », *op. cit.*, p. 23-7.

processus d'orientation des conduites, car c'est une recommandation indirecte de l'attitude à suivre. Le Label est à la fois une récompense et un levier permettant aux acteurs de s'engager et d'être accompagnés dans leur effort d'application de la loi. Il faut « *montrer l'exemple* »[1227] pour instrumentaliser les destinataires en jouant sur leur propension à se distinguer et à s'imiter les uns les autres. Ces ressorts émotionnels sont au cœur du fonctionnement de ce dispositif, y compris dans les structures publiques. Alors que tous les ministères sont invités avec insistance depuis plusieurs années à s'engager dans le processus de labellisation[1228], la circulaire du 3 avril 2017 met en compétition les administrations, en rappelant que puisque certains « *employeurs publics des trois versants de la fonction publique sont* […] *déjà pleinement impliqués dans cette labellisation* […] *Les autres employeurs publics sont incités à s'inscrire dans cette dynamique* »[1229]. D'après le ministère du Travail, un peu plus d'une centaine d'organismes sont titulaires du Label diversité, couvrant plus de 1,3 million d'actifs (grands groupes, PME, associations, ministères, collectivités territoriales et établissements publics)[1230].

224. Toutefois, l'accent mis sur l'élaboration concertée de normes relatives à la diversité ne signifie pas la fin des procédés de puissance publique. Ceux-ci planent comme une ombre sur les organisations. La menace est parfois à peine voilée. En 2004, le Gouvernement n'avait pas hésité à fixer un ultimatum aux employeurs, sans quoi « *un débat serait engagé au Parlement sur les moyens d'imposer la diversité du recrutement* »[1231]. Si la vie politique a eu raison de la sommation, la pression qui pèse sur eux n'a pas disparu pour autant. Un document édité par le MEDEF en 2014 signalait aux entreprises que « *le risque est grand qu'elles se voient imposer une méthode, des outils ou des objectifs généraux et impersonnels type quotas, labels* »[1232]. C'est qu'en effet, la corégulation consiste de plus en plus à contrôler l'autorégulation des acteurs.

[1227] *Ibid.*, p. 27.
[1228] PREMIER MINISTRE, *Politique d'égalité républicaine et d'intégration. Feuille de route du gouvernement du 11 février 2014*, 2014, p. 10 et 17, mesures nº 8 et 26.
[1229] Circ. nº NOR : RDFF1710873C du 3 avril 2017 *relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique*, p. 2.
[1230] https://travail-emploi.gouv.fr/emploi/label-diversite (consulté le 21 novembre 2020). La liste des organisations labellisées est disponible sur le site de l'AFNOR.
[1231] MINISTERE DE L'EMPLOI, DU TRAVAIL ET DE LA COHESION SOCIALE, *Plan de cohésion sociale*, 2004, p. 42, Programme 20.
[1232] MEDEF, *Promotion des diversités…entreprendre autrement*, 2014, p. 10.

§ 2 – Le contrôle des démarches volontaires portant sur la diversité

225. Position du problème – Plan – Bien que marqué par le volontarisme, l'appareillage juridique du paradigme de la diversité est aujourd'hui soumis à l'interventionnisme croissant de la puissance publique. De plus en plus de dispositions légales et réglementaires visent à superviser les dispositifs mis en place par les opérateurs eux-mêmes. Dans un premier temps partisanes du « *laisser-faire* »[1233], les autorités ont observé les pratiques existantes et encouragé les mobilisations volontaires. Depuis une dizaine d'années, elles inaugurent une nouvelle pratique de « *faire laisser-faire* »[1234], qui consiste à s'approprier les dynamiques volontaires, à les organiser et à les imposer à l'ensemble des acteurs[1235]. Ce faisant, l'autorégulation ne se trouve pas seulement ordonnée, elle est mise sous contrôle : c'est une « *autorégulation encadrée* »[1236] ou « *supervisée* »[1237]. L'enjeu est d'engager les acteurs sur un problème pour lequel une réponse législative seule ne suffirait pas, tout en prenant en compte les attentes de la société et en ménageant leurs intérêts[1238]. À cet égard, la situation est inséparable de la montée en puissance de l'encadrement juridique de la RSO.

226. L'institutionnalisation de la diversité dans l'action publique s'explique par l'interconnexion des enjeux rencontrés par les organisations et les pouvoirs publics[1239]. Elle repose sur une diversité de mesures hybrides, à la fois incitatives et contraignantes. Il s'agit plus précisément de « *connecter* »[1240] des instruments de réglementation classique à des instruments volontaires portant sur la diversité. Si chacune de ces mesures semble à elle seule insuffisante, leur articulation est censée parvenir à orienter les conduites des acteurs[1241]. Ce contrôle externe est pensé pour pousser les organisations à internaliser les normes traitant de la diversité. Cette stratégie est préconisée par la Commission européenne, pour qui « *les pouvoirs publics*

[1233] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" […] », *op. cit.*, p. 100.
[1234] *Ibid.*, p. 100-1.
[1235] *Ibid.*
[1236] L. DUMOULIN, « La nouvelle profession de conseiller en investissement financier », *Droit et patrimoine*, n° 121, 2003, p. 121. Dans le même sens v. S. LAULOM, « Conclusion : la RSE comme instrument de mise en œuvre du droit » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 192.
[1237] L. CALANDRI, « Incitation(s) et autorégulation(s) : quelle place pour le droit de la compliance dans le secteur audiovisuel ? » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 116.
[1238] J. BROHIER-MEUTER, P. D'HUMIERES, « L'état des politiques publiques de RSE dans le monde : panorama et tendances de l'incitation publique à la RSE », *Les études de veille de l'IRSE*, n° 2, 2011, p. 2.
[1239] En ce sens, I. DESBARATS, « La RSE en droit français […] », *op. cit.*, p. 572-81.
[1240] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 225.
[1241] En ce sens M. -A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *D.*, n° 32, 2016, p. 1871-4.

[doivent] *avoir un rôle de soutien en combinant* [...] *des mesures politiques facultatives et, le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires, afin* [...] *de favoriser la transparence, de créer des mécanismes de marché qui incitent à une conduite responsable des affaires et de responsabiliser les* [organisations] »[1242]. Alors même que plusieurs États ont fait le choix d'adopter une démarche similaire, la doctrine considère ce renforcement du cadre juridique comme un marqueur fort du droit français de la RSO[1243]. La transparence des entreprises incarne cette supervision de la RSO avec les obligations de *reporting* sur la diversité (A). Cependant, la responsabilité des entreprises connaît depuis quelques années un durcissement consécutif à la montée en puissance du droit de la *compliance*. En tant qu'il prolonge le droit de la régulation, ce droit interroge la place des normes relatives à la diversité dans ce nouvel espace juridique (B).

227. Il reste à préciser que même si elle est peut-être moins visible que dans le secteur marchand, cette logique n'est pas totalement inconnue des administrations. En l'espèce, les mesures en faveur de la diversité semblent parfois prendre des formes hybrides d'action publique. À des degrés divers, elles se situent à mi-chemin entre la réglementation classique de type *command and control* et la corégulation visant à mener les acteurs à ajuster eux-mêmes leurs comportements. Dans ce domaine aussi, le législateur préfère « *faire laisser-faire* »[1244] plutôt que *faire*. Il fixe des objectifs, dote éventuellement les acteurs publics de nouveaux outils de recrutement et attends d'eux qu'ils lui rendent des comptes sur leurs actions[1245]. De ce point de vue, l'État semble aligner son intervention sur celle des entreprises, tout en tenant compte des attributs régaliens de l'emploi public.

A – Le *reporting* sur la diversité

228. Consistance – Le *reporting*, dérivé de la terminaison anglaise « *report* » signifiant « rapporter », « rendre compte », vise la transmission et la communication de données par les

[1242] COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission européenne au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, 2011*, nº COM (2011) 681 final, § 3.4, p. 9.
[1243] I. DESBARATS, « Le RSE "à la française" : où en est-on ? », *DS*, nº 6, 2018, p. 525-36.
[1244] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et société*, nº 65, 2012, p. 100-1.
[1245] V. par ex. les dispositifs mis à disposition des employeurs publics par le législateur pour diversifier les recrutements. Si les employeurs n'ont aucune obligation d'y recourir, le gouvernement doit rendre compte au Parlement des résultats atteints pour diversifier l'emploi public. V. *infra* § 446 et suiv. et § 468 et suiv.

organisations dans les domaines financier, social et environnemental[1246]. Dans ces derniers, il est d'usage de parler de *reporting* non financier ou extrafinancier pour « *mesurer la performance d'une organisation en matière de développement durable* […] *en communiquer les résultats puis* […] *en rendre compte aux parties prenantes internes et externes* »[1247]. Le *reporting* est essentiel pour contrôler le degré de responsabilisation des organisations. En effet, si « *"le législateur* [doit] *renoncer à définir lui-même les principes au profit d'une autorégulation* [souple et évolutive]*" – il paraît cependant primordial de "rendre compte de la manière dont on s'y conforme et d'instituer des obligations de reporting exigeantes"* »[1248]. À cet égard, il constitue une forme particulière de suivi de l'application des normes relatives à la diversité.

229. Ce mécanisme est à distinguer d'autres modalités de renseignements sur la diversité, notamment des rapports produits par le Gouvernement ou les API et destinés au Parlement dans sa mission de contrôle de l'action publique[1249]. Il se distingue également du dispositif introduit récemment par la loi sur la transformation de la fonction publique. Ce texte instaure des lignes directrices de gestion, élaborées par les administrations des trois versants, qui sont des outils de pilotage des ressources humaines fixant les orientations générales en matière de mobilité, de promotion et de valorisation des parcours pour la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences[1250]. Pour concrétiser ce dispositif, il est prévu que les employeurs publics élaborent un rapport social unique rassemblant les éléments et données à partir desquels sont établies les lignes directrices de gestion. Cette base de données comprend notamment les informations relatives à la diversité. Le rapport social qui les intègre est rendu public, mais sa finalité est essentiellement gestionnaire et stratégique[1251].

[1246] M. JULIEN, E. MAZUYER, « Les obligations des entreprises en matière de reporting social », *RDT*, nº 4, 2015, p. 234-43.
[1247] J. –P. GOND, J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, PUF, 2018, p. 93.
[1248] A. VIGNIAL et C. MAISON-BLANCHE cités *in* I. DESBARATS, « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *DS*, nº 7-8, 2015, p. 572-81.
[1249] Le CSA rend compte chaque année au Parlement des actions des éditeurs de services de télévision en matière de programmation reflétant la diversité de la société française (art. 3, al. 4, loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*) ; le Gouvernement publie un rapport biennal sur la lutte contre les discriminations et la prise en compte de la diversité de la société française dans les trois fonctions publiques (art. 158, loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*).
[1250] Art. 5, loi nº 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* ; décr. nº 2019-1265 du 29 novembre 2019 *relatif aux lignes directrices de gestion et à l'évolution des attributions des commissions administratives paritaires* ; C. TESTARD, « Les lignes directrices de gestion : une souplesse éprouvée par le droit de la fonction publique », *AJDA*, nº 18, 2021, p. 1021-5.
[1251] Art. 4, loi nº 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* ; art. 5, 3º décr. nº 2020-1493 du 30 novembre 2020 *relatif à la base de données sociales et au rapport social unique dans la fonction publique* ;

230. Pour contrôler de façon appropriée le respect par les organisations de leurs engagements sociaux et environnementaux, le *reporting* a été introduit dans le droit national avec la loi de 2001 sur les nouvelles régulations économiques, qui a créé une obligation pour les entreprises de délivrer des informations sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leurs activités[1252]. Certaines sociétés se sont rapidement emparées de cette disposition pour communiquer sur leurs actions en faveur de la diversité conformément au point 6 de la Charte de la diversité[1253]. Parallèlement, l'idée d'imposer l'inscription de cette mention dans le bilan social de la société était régulièrement proposée par les pouvoirs publics ou les acteurs de la gestion des ressources humaines[1254]. Le législateur l'a concrétisée en 2011, en ajoutant « *la lutte contre la discrimination et la promotion des diversités* »[1255] aux items de *reporting* à renseigner par les entreprises. Le dispositif a été modifié dans son ensemble par une directive 2014/95/UE[1256], transposée en 2017 dans le Code de commerce[1257]. Le texte européen instaure une mention sur la politique de diversité de la société appliquée aux instances dirigeantes qui vient s'ajouter à l'information sur les actions de la société visant à promouvoir les diversités prévue par le droit national. Chemin faisant, « *l'obligation de reddition sociétale est devenue, au fil des réformes, un objectif public visant à contraindre les entreprises à mettre en place, dans une démarche stratégique, des outils de mesure de l'impact de leurs engagements en faveur de la promotion de la diversité* »[1258]. Cette construction n'est sans doute pas achevée, puisqu'après une consultation publique, la Commission européenne vient de publier une proposition de directive sur la publication

art. 3, 11º arr. du 10 décembre 2021 *fixant pour la fonction publique territoriale la liste des indicateurs contenus dans la base de données sociales*.

[1252] Art. L. 225-102-1 c. com. créé par art. 116, loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 *relative aux nouvelles régulations économiques*.

[1253] NOVETHIC, *À la recherche de la diversité dans les rapports du CAC 40… Diversité et non-discrimination dans le reporting développement durable des entreprises du CAC 40*, 2005 ; P. TERRAMORSI, N. BARTHE, J. –M. PERETTI, « L'information diversité dans les rapports RSE des sociétés du CAC 40 », *Management & Avenir*, nº 28, 2009, p. 268-80 ; DELOITTE, *La promotion de la diversité dans les entreprises : les meilleures expériences en France et à l'étranger*, CAS, 2010.

[1254] V. par ex. « L'ANDCP propose le label "diversité" à Azouz Begag », *JCP S*, nº 24, 2005, act. 304 ; N. SARKOZY, *Discours sur l'égalité des chances*, École Polytechnique de Palaiseau, 18 décembre 2008 ; P. LOZES, M. WIEVIORKA, *Lutte contre le racisme et le communautarisme*, Rapport au Rapport au Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer et des Collectivités territoriales et au ministre des Affaires étrangères et européennes, 2010, p. 58-9.

[1255] Art. 9, loi nº 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* dite Loi Besson.

[1256] Dir. nº 2014/95/UE du PE 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*.

[1257] Ord. nº 2017-1162 du 12 juillet 2017 *portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés*.

[1258] I. DESBARATS, « La RSE en droit français […] », *op. cit.*, p. 572-81.

d'informations en matière de durabilité par les entreprises (CSRD)[1259]. La réforme proposée par Bruxelles se veut ambitieuse, puisqu'elle entend amender le dispositif de *reporting* de façon notamment à l'étendre et à renforcer la crédibilité des informations publiées. L'objectif est d'améliorer la publication d'informations afin de mieux exploiter les possibilités qu'offre le marché de contribuer à la transition vers un système économique et financier totalement durable et inclusif. Pour l'heure, il est impossible de déterminer l'issue de ce texte, mais les principales modifications qui seraient apportées au droit positif peuvent être soulignées à titre informatif.

231. Plan – L'obligation de *reporting* concerne actuellement les actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités (1) et la politique de diversité appliquée aux instances dirigeantes (2).

1 – Le reporting sur les actions de la société visant à promouvoir les diversités

232. Consistance – La stratégie de la RSE portée par une kyrielle de textes non contraignants et généraux ayant montré ses limites, la directive concernant la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes entérine une approche de la corégulation plus appuyée, plus technique et plus étroite[1260]. À présent, le traditionnel rapport sur la responsabilité sociale des entreprises est remplacé par une déclaration de performance extrafinancière. Ce faisant, l'Union européenne a entendu renforcer la transparence des sociétés sur leurs pratiques, tout en épousant une logique gestionnaire propre à faire du dispositif un outil de pilotage centré sur les informations significatives[1261].

233. Périmètre – En application de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, toute société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et qui excède certains seuils est tenue d'insérer une déclaration de performance extrafinancière dans le rapport de gestion présenté par les instances dirigeantes à l'assemblée générale des actionnaires. Les sociétés dont les titres ne sont pas admis sur un marché réglementé doivent faire de même, dès

---

[1259] B. LECOURT, « Vers une révision de la directive sur la publication d'informations extra-financières (résultats de la consultation publique) », *RdS*, n° 11, 2020, p. 645-8 ; prop. dir. du PE et du Conseil n° COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *modifiant les dir. n° 2013/34/UE, n° 2004/109/CE et n° 2006/43/CE ainsi que le règl. (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*.

[1260] En ce sens, E. MAZUYER, « La responsabilité sociale des entreprises saisie par le droit européen : la proposition de directive sur la transmission d'informations sociales et environnementales par les entreprises », *RLDA*, n° 85, 2013, p. 73-9.

[1261] I. DESBARATS, « Le RSE "à la française" : où en est-on ? », *DS*, n° 6, 2018, p. 525-36.

lors qu'elles dépassent aussi certains seuils[1262]. Le dispositif ne concerne que les grandes entreprises, puisque les EPIC sont exemptés, de même que les PME cotées par l'effet des critères de déclenchement retenus par le Code[1263]. Une société contrôlée n'est pas tenue d'établir de déclaration si l'entreprise qui la contrôle est établie en France ou dans un pays de l'UE assujetti à la directive et qu'elle l'inclut dans ses comptes consolidés[1264]. Toutefois, ces entités peuvent toujours se plier à l'exercice sur la base du volontariat[1265]. À l'échelle de l'Union, environ 11 700 entreprises sont soumises aux obligations de déclaration de la directive 2014/95/UE[1266]. La proposition de directive CSRD envisage d'étendre ce champ d'application à toutes les grandes entreprises et à toutes les entreprises dont les titres sont cotés sur des marchés réglementés de l'Union, à l'exception des microentreprises. Environ 49 000 entreprises seraient concernées[1267].

234. Informations demandées et modalités de communication – Pour ce qui a trait aux renseignements demandés, la déclaration de performance extrafinancière présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales de son activité[1268]. Le texte précise que cette « *déclaration comprend notamment des informations relatives* […] *aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités* ». D'un point de vue sémantique, la formule apparaît plus dynamique que la version précédente issue de la loi de 2011 qui retenait les « *engagements* » de la société[1269]. Les modalités de production de l'information sont également renforcées, puisque la société ne

---

[1262] Art. L. 225-102-1, I c. com ; art. R. 225-104. Pour les sociétés cotées, ces seuils sont à 20 millions d'euros pour le total du bilan, à 40 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice ; pour les sociétés non cotées, ils sont à 100 millions d'euros pour le total du bilan, à 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

[1263] Sociétés anonymes ; sociétés à responsabilité limitée ; sociétés en commandite par actions ; sociétés par actions simplifiée ; établissements de crédit et d'assurances ; mutuelles et institutions de prévoyance désignées comme d'intérêt public au sens de la directive, en fonction de leur forme juridique et des seuils ; sociétés en nom collectif lorsque l'ensemble des parts de ces sociétés est détenu par des personnes ayant l'une des formes suivantes ou une forme juridique comparable de droit étranger (SA, SCA, SARL, SAS). V. art. 19 *bis*, dir. nº 2013/34/UE du PE et du Conseil du 26 juin 2013 r*elative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil* ; art. L. 221-7 c. com. ; art. L. 22-10-36, al. 2 c. com. ; I. DESBARATS, « Le RSE "à la française" : où en est-on ? », *DS*, nº 6, 2018, p. 525-36.

[1264] Art. L. 225-102-1, IV c. com. L'art. 1, § 3 de la proposition de directive CSRD dispose que les filiales exemptées doivent publier le rapport de gestion de la société mère.

[1265] F. VERDUN, S. VERNIOLE DAVET, « Obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *JCP E*, nº 25, 2012, p 17-21, § 5.

[1266] Al. 2 exposé des motifs, prop. dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *[…]*, *op. cit.*

[1267] Art. 1, § 3 *ibid.*

[1268] Art. L. 225-102-1, III, al. 1er c. com.

[1269] Art. 9, loi nº 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* dite Loi Besson.

dispose plus de la liberté de rapporter comme elle l'entend. La communication est délivrée « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité* »[1270]. Suivant les lignes directrices établies par la Commission, les renseignements délivrés par les entreprises doivent respecter de nombreux principes[1271].

235. Pour chaque catégorie d'information, l'article R. 225-105 prévoit qu'elle présente une description des principaux risques liés à ses activités et lorsque cela est pertinent et proportionné, les risques générés par ses relations d'affaires ou ses services. Elle doit également produire une description des politiques appliquées, incluant, le cas échéant, les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre pour prévenir, identifier et atténuer la survenance de ces risques. Elle doit enfin présenter les résultats de ces politiques, incluant des indicateurs clés de performance[1272]. La proposition de directive CSRD précise de manière plus détaillée les informations que les sociétés doivent publier[1273].

236. Le Code « *combine un dispositif de communication obligatoire avec un mécanisme optionnel de justification* »[1274] fondé sur le principe « *comply or explain* »[1275] remanié pour l'occasion en « *publier ou expliquer* »[1276]. Aux termes de l'article R. 225-105, l'entreprise peut ne pas appliquer de politique particulière, mais elle doit alors expliquer de façon claire et motivée les raisons le justifiant[1277]. La société communique sur ses actions sur les diversités, ou se justifie si elle ne le fait pas, ce qui lui laisse souplesse et adaptabilité. Dans le même sens, le cadre dans lequel elle est tenue de renseigner ces informations est assoupli. En application

---

[1270] Art. L. 225-102-1, III, al. 1er c. com.

[1271] Les informations doivent être fidèles, équilibrées et compréhensibles ; complètes et concises ; porter une vision stratégique et prospective ; tournées vers les parties prenantes ; logiques et cohérentes. V. COMMISSION EUROPEENNE, *Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières)*, nº (2017/C 215/01), 2017, p. 5-9.

[1272] Art. R. 225-105, I c. com.

[1273] Art. 1, § 3 prop. dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *[…]*, *op. cit.* Ces informations portent sur leur stratégie, leurs objectifs, le rôle du conseil d'administration et de la direction, les principales incidences négatives liées aux activités de l'entreprise et à sa chaîne de valeur, les actifs incorporels et la manière dont elles définissent les informations qu'elles publient. Elle précise que les entreprises doivent publier des informations qualitatives et quantitatives, des informations prospectives et rétrospectives et des informations couvrant, le cas échéant, des horizons à court, moyen et long terme. Elle impose de respecter les normes européennes d'information en matière de durabilité.

[1274] M. JULIEN, E. MAZUYER, « Les obligations des entreprises en matière de reporting social », *op. cit.*, p. 234-43.

[1275] Pour un aperçu historique, v. J. –B. POULLE, « L'apparition du principe "se conformer ou expliquer" en droit français », *RTDF*, nº 1, 2008, p. 41-7.

[1276] B. LECOURT, « Directive numéro 2014/95/UE du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non financières par les sociétés », *RdS*, nº 2, 2015, p. 134-9.

[1277] Art. R. 225-105, I *in fine* c. com.

d'un principe de matérialité, la société est dans l'obligation de publier seulement lorsque l'information est pertinente au regard des risques auxquels elle est exposée et des politiques menées pour prévenir leur survenance[1278]. Plutôt que de renseigner systématiquement l'ensemble des informations, comme l'exigeait le dispositif de 2011, c'est donc aux entreprises de déterminer ce qu'il est pertinent de publier ou non, en fonction de la réalité de leurs pratiques. Le règlement d'application fournit une liste d'items complémentaires pour chaque catégorie d'information attendue par le législateur. En rapport avec les actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités, la déclaration doit contenir des données relatives à l'égalité de traitement, à savoir « *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 ; la politique de lutte contre les discriminations* »[1279]. La limitation de l'information à ces critères spécifiques n'exclut pas de renseigner des données élargies, sans préjudice du cadre juridique en vigueur[1280]. Le substantif diversité au pluriel « *inviterait les entreprises concernées à réfléchir à l'ensemble des catégories que sous-tend le terme diversité et permettrait un bilan davantage exhaustif ainsi qu'un traitement plus complet de la question* »[1281]. De plus, cette mention recouvre en pratique d'autres aspects des politiques des entreprises, comme l'égalité des chances[1282]. À noter enfin que ces exigences peuvent éventuellement se recouper avec les obligations spécifiques des entreprises cotées en bourses. D'une part, celles-ci doivent fournir des renseignements concernant la promotion et le respect des stipulations des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail relatives à l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession et d'autre part des informations relatives à toute autre action engagée en faveur des droits de l'homme[1283].

237. L'invitation à se conformer à un référentiel de normalisation – Lorsqu'une société se conforme volontairement à un référentiel national ou international, elle doit le mentionner en indiquant les préconisations de cet outil qui ont été retenues et les modalités de consultation

---

[1278] Art. R. 225-105, II c. com.
[1279] Art. R. 225-105, II, A, 1°, f) c. com.
[1280] Comme les nationalités présentent dans la structure. V. OREE, *Troisième année d'application du dispositif français de reporting extrafinancier. Bilan et perspectives*, 2015, p. 31.
[1281] Am. n° 289 du 27 janvier 2011 au projet de loi (n° 240, 239) *relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, présenté par Mme Khiari et *al.* en première lecture au Sénat (adopté). V. ég. J. –M. CLEMENT, P. HOUILLON, *Rapport d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises*, Rapport à l'AN, n° 737, 2013, p. 80.
[1282] V. par ex. VEOLIA, *Document d'enregistrement universel (URD) 2019. Rapport financier annuel*, 2019, p. 365-74.
[1283] Art. L. 22-10-36, al. 2 c. com. ; art. R. 225-105, II, B, 2°, a) et b) c. com.

de ce dernier[1284]. Compte tenu des enjeux, ces référentiels doivent être reconnus à un niveau international[1285]. Ils sont le fruit d'initiatives diverses et fonctionnent sur l'adhésion volontaire des entreprises. La GRI[1286] est actuellement la plus avancée et la plus visible d'entre elles qui traite de la diversité[1287]. Les lignes directrices de la GRI se donnent pour mission de hisser le *reporting* sur les informations extra-financières à un niveau comparable à celui du rapport financier[1288]. Elles sont issues d'une organisation multipartite (experts des entreprises, syndicats, ONG, investisseurs, cabinets de comptabilité et d'audit). Elles proposent une normalisation précise et une ouverture du périmètre du *reporting* sur la chaine d'approvisionnement. En France, une initiative de moindre ampleur a proposé un référentiel de *reporting* spécifique sur la diversité, mais sa résonnance est restée faible, peut-être en partie en raison de l'intégration de cette exigence dans la loi la même année[1289].

238. Un dispositif d'incitation – Ce dispositif de *reporting* mise sur un effet de transparence à l'égard des tiers, que des auteurs ont malicieusement qualifié « *l'effet Dracula* »[1290]. Derrière cette métaphore originale, l'idée est que « *l'exposition du mal au grand jour mène souvent à le voir se dessécher et disparaître* »[1291]. L'information est la « *colonne vertébrale de l'entreprise* »[1292], elle est en mesure de contribuer à changer progressivement sa culture interne et ses pratiques. Dans cette optique, le droit positif n'impose pas aux sociétés de mettre en place une politique de diversité, mais les contraint seulement à transmettre des informations sur leur action ou leur inaction et les raisons qui le justifient. Les « *entreprises n'ont donc qu'une "obligation de dire" et non pas une "obligation de faire"* »[1293]. Le procédé reflète la position des instances internationales qui ne souhaitent pas imposer aux entités commerciales d'intégrer ces enjeux, au bénéfice de considérations économiques et financières[1294]. Pour cette raison,

---

[1284] Art. R. 225-105-1, II c. com.
[1285] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La Découverte, 2016, p. 107.
[1286] V. par ex. T. FOGELBERG, « *La Global Reporting Initiative*, un cadre global pour un reporting durable » *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN, *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 97-101.
[1287] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 108.
[1288] *Ibid*., p. 108-9.
[1289] A. PALT, *Rapport annuel diversité*, AFMD, 2011.
[1290] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *op. cit*., p. 200.
[1291] *Ibid*., p. 200.
[1292] A. –S. EPSTEIN, *L'information environnementale communiquée par l'entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Paris, LGDJ, 2015, p. 30.
[1293] V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Dsoc.*, n° 6, 2011, p. 7-13, § 20.
[1294] *Ibid*., § 33.

l'approche est incitative, imprégnée par la « *sunshine regulation* »[1295]. La « *transparence est la condition du bon fonctionnement du marché dont les pressions peuvent modifier les arbitrages des entreprises. Les choix des dirigeants sont alors corrélés aux réactions des marchés* »[1296]. Grâce aux renseignements produits, les investisseurs doivent pouvoir évaluer l'incidence des risques sociaux sur la valeur des entreprises, les comparer et procéder aux arbitrages nécessaires[1297]. Ainsi, l'obligation de publicité serait plus efficace qu'une règle prescriptive, précisément parce que le risque de sanction n'est pas juridique, mais social et commercial : influences boursières et révocation des dirigeants, boycott et rupture des relations commerciales, atteinte à la réputation de l'entreprise sont autant de circonstances redoutées par les entreprises[1298]. Les consommateurs, les investisseurs, les actionnaires ou encore les partenaires commerciaux devraient être les premiers à tirer les conséquences d'une information non opératoire en faisant pression au plan interne, commercial ou contractuel sur les sociétés qui ne joueraient pas le jeu[1299]. De leur côté, les agences de notations extrafinancières et les acteurs associatifs et syndicaux exercent une pression sur les structures qui montrent de peu de volontarisme[1300]. Leur attention a plus de chance de se relâcher si les entreprises s'investissent avec sérieux. Et si un risque discriminatoire venait à se réaliser, ces politiques sont susceptibles d'avoir une incidence favorable sur les juridictions[1301].

239. Le *reporting* doit faire que les entreprises « *se sentent "redevables" de bonnes pratiques* »[1302] à l'égard de leurs parties prenantes. Dans un tel cadre, ne rien faire en se déclarant non concernée devient une position difficilement tenable. Ces informations

---

[1295] N. CUZACQ, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *RdS*, nº 12, 2015, p. 707-19, § 4.
[1296] *Ibid*.
[1297] M. JULIEN, E. MAZUYER, « Les obligations des entreprises en matière de reporting social », *op. cit.*, p. 234-43.
[1298] V. par ex. N. HUET, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de Droit ? » *in* M. HAYAT, A. REYGROBELLET (dir.), *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain : regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 159-60 ; N. CUZACQ, « Les nouveautés issues du décret nº 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *RDT*, nº 1, 2013, p. 15-25.
[1299] V. par ex. CESE, *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – Implementing the Partnership for growth and jobs: Making Europe a pole of excellence on corporate social responsibility*, COM(2006) 136 final, pt. 1.1 ; I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, nº 5, 2006, p. 254-61, pt. 18.
[1300] V. la politique de la banque Golman Sachs *in* E. LAMURE, J. LE NAY, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux entreprises sur le thème « Comment valoriser les entreprises responsables et engagées ? »*, Sénat, nº 572, 2020, p. 46. Un rapport commandé au gouvernement de 2010 proposait d'« *imposer la prise en compte de la diversité dans les notations des entreprises* ». V. P. LOZES, M. WIEVIORKA, *Lutte contre le racisme et le communautarisme*, *op. cit.*, p. 60-1.
[1301] V. par ex. CA Paris, 3 décembre 2009, nº 07/04887 ; CA Lyon, 13 décembre 2013, nº 13/01545.
[1302] M. JULIEN, E. MAZUYER, « Les obligations des entreprises en matière de reporting social », *op. cit.*, p. 234-43.

« *contribuent non seulement à promouvoir la responsabilité sociale de l'entreprise, mais aussi à lui créer un cadre juridique et à sortir de la sphère privée dans laquelle elle a encore trop souvent tendance à se situer, ce qui devrait permettre de renforcer sinon son efficacité, au moins sa légitimité et sa crédibilité* »[1303]. De ce point de vue, la déclaration de performance sur les diversités est la vitrine de la société, elle est destinée à la rendre présentable[1304]. Elle a donc tout intérêt à communiquer sur ses pratiques pour en faire un avantage comparatif. Les sociétés qui présentent une politique de diversité exemplaire seront récompensées, alors que les autres seront sanctionnées. En outre, en requérant des entreprises qu'elles rapportent des informations sur leurs actions visant à promouvoir les diversités en aval, la loi les incite également à les mettre en œuvre en amont. L'entité qui se prête à cet exercice de transparence pourrait alors intérioriser les démarches auxquelles elle se rapporte. Ainsi, la loi mise sur un principe d'effectivité[1305] ; « *en obligeant les sociétés visées à publier, on les incite à agir* »[1306]. Dans le passé, la loi NRE qui a instauré l'obligation légale de diffusion d'informations sociales et environnementales a ainsi entrainé la multiplication des rapports de développements durables et de démarches volontaires de la part d'entreprises qui n'y étaient pourtant pas soumises[1307]. En définitive, le *reporting* se présente à la fois comme un mécanisme de contrôle et d'incitation. Le dispositif « *concilie droit mou et droit dur* »[1308] dans une optique d'incitation et de contrôle typique de la corégulation.

240. Procédures de contrôle et de sanction – Toutefois, cette stratégie apparaît fragile et risquée. Le « *jeu "multipartite" sur le droit autour de la RSE s'apparente à une représentation incertaine, dont ni le script ni le dénouement ne sont donnés d'avance* »[1309]. Pour renforcer la crédibilité du dispositif, les informations figurant dans la déclaration font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant (OTI) si la société qui les publie dépasse certains seuils[1310]. Cet organisme est désigné, selon le cas, par le directeur général ou le

[1303] A. SOBCZAK, « L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application », *JCP E*, n° 14, 2003, p. 598.
[1304] ALPHA, *Législation française sur la transparence des entreprises : dixième bilan d'application*, 2014, p. 13.
[1305] M. -P. BLIN FRANCHOMME, Y. QUEINNEC, « Reporting extrafinancier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif », *RLDA*, n° 117, 2016, p. 20-3.
[1306] B. LECOURT, « Directive numéro 2014/95/UE […] », *op. cit.*, p. 134-9.
[1307] V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés […] », *op. cit.*, p. 7-13, § 30.
[1308] N. DUPONT, « Le droit mou professionnel d'initiative privée, Quel intérêt pour les consommateurs ? », *RRJ* 2009-3, p. 1201.
[1309] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" […] », *op. cit.*, p. 101.
[1310] Art. L. 225-102-1, V et R. 225-105-2, II c. com. : 100 millions d'euros pour le total du bilan ou 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et un nombre moyen de 500 salariés permanents employés au cours de l'exercice.

président du directoire, pour une durée qui ne peut excéder six exercices, parmi les organismes accrédités à cet effet ou parmi tout autre organisme d'accréditation signataire d'un accord de reconnaissance européen[1311]. Le rapport de l'OTI comprend un avis motivé sur la conformité de la déclaration aux exigences réglementaires de l'article R. 225-105, ainsi que sur la sincérité des informations fournies. Il contient également les diligences mises en œuvre pour conduire la mission de vérification[1312]. Cet avis est transmis aux actionnaires en même temps que le rapport de gestion contenant la déclaration de performance extrafinancière[1313]. Aux mêmes fins, les commissaires aux comptes attestent que ce document figure dans le rapport de gestion, mais le contrôle opéré dans ce cadre est restreint[1314]. La question du contrôle correspond à l'une des avancées les plus notables de la proposition de directive CSRD, puisqu'elle entend soumettre ces renseignements aux normes d'assurance des contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés[1315].

241. En accord avec la souplesse qui caractérise le dispositif, la contrainte est « *légère, si l'on en juge par le silence gardé sur les condamnations encourues en cas de violation de cette obligation légale* »[1316]. En effet, l'absence du rapport de gestion ou sa non-présentation pour approbation à l'assemblée générale des actionnaires sont les seules obligations sanctionnées par le Code de commerce[1317]. Concernant les tiers, un mécanisme d'injonction est prévu pour pallier le défaut de déclaration de performance extrafinancière. Toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, de communiquer les renseignements exigés par la loi[1318]. La proposition de directive CSRD prévoit des mesures et sanctions administratives minimales, à savoir une déclaration publique qui précise l'identité de la personne physique ou morale responsable et la nature de l'infraction, une injonction ordonnant à la personne physique ou morale responsable de mettre un terme au comportement constitutif de l'infraction et lui

---

1311 R. 225-105-2, I et art. A. 225-1 c. com.
1312 R. 225-105-2, II et art. A. 225-2 à 4 c. com.
1313 Art. L. 225-102-1, V c. com.
1314 Art. L. 823-10 c. com. V. sur ce point, G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi nº 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite "Grenelle II") », *RdS*, nº 2, 2011, p.75-86, § 35.
1315 En l'occurrence, dir. nº 2006/43/CE du PE et du Conseil du 17 mai 2006 *concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les dir. nº 78/660/CEE et nº 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive nº 84/253/CEE du Conseil*.
1316 I. DESBARATS, « La RSE en droit français […] », *op. cit.*, p. 572-81.
1317 Art. L. 242-8 (SA), L. 243-1 (SCA), L. 244-5 (SE) c. com ; art. L. 242-10 (SA), L. 243-1 (SCA), L. 244-5 (SE) c. com. Ces infractions entrainent la nullité des délibérations (art. L.225-121, al. 2 pour les SA ; art. L. 226-1, al. 2 pour les SCA ; art. L. 229-8 pour les SE).
1318 Art. L. 225-102-1, VI c. com.

interdisant de le réitérer et des sanctions pécuniaires administratives[1319]. Enfin, la déclaration est mise à la disposition du public et rendue accessible sur le site internet de la société dans un délai de huit mois à compter de la clôture de l'exercice, pour cinq ans[1320]. La publication télématique renforce la portée du *reporting*, car elle facilite l'accessibilité de l'information pour les parties prenantes, mais elle ne concerne pas l'avis de l'OTI – bien qu'en pratique, de nombreuses sociétés auraient pris l'habitude de publier les conclusions de l'OTI[1321]. La proposition de directive CSRD prévoit à terme la mise en place d'une plateforme d'accès numérique centralisant les déclarations[1322].

2 – Le reporting sur la politique de diversité de la société appliquée aux instances dirigeantes

242. Plan – Confortant l'idée que le *reporting* serait « *une nouvelle régulation* »[1323], le législateur européen a prévu des dispositions spécifiques concernant les politiques de diversité menées en matière de gouvernance d'entreprise. Le texte entérine l'attention portée par les sciences de gestion à la diversité dans les instances dirigeantes[1324]. La description de la politique de diversité au sein de ces organes ne fait pas partie de la déclaration non financière. Le mécanisme peut faire l'objet d'une double lecture, selon que la description de la politique de diversité est envisagée directement (a) ou à travers l'application des préconisations d'un code de gouvernement d'entreprise (b).

a – La description de la politique de diversité

243. Consistance – Parce qu'en « *matière de gouvernement d'entreprise comme en tout domaine mettant en jeu le comportement des acteurs, la "bonne conduite" se décrète rarement* [mais] *procède plutôt d'une assimilation et d'une acculturation progressive de règles*

[1319] Art. 1er, § 12 prop. dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *[…]*, *op. cit.*
[1320] Art. L. 225-102-1, III, al. 4 c. com ; art. R. 225-105-1, III c. com.
[1321] V. MEDEF, *Guide Reporting RSE : Les nouvelles dispositions légales et réglementaires*, 2012, p. 19.
[1322] § 1 exposé des motifs, prop. dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *[…]*, *op. cit*.
[1323] A. FELIX, « La responsabilité de l'émetteur au-delà de la directive RSE », *BMIS*, nº 5, 2018, p. 328-36.
[1324] V. par ex. H. KANG, M. CHENG, M. GRAY, « Corporate Governance and Board Composition: diversity and independence of Australian boards », *Corporate Governance: An International Review*, nº 2, p. 194-207 ; J. –D. MAHADEO, T. SOOBAROYEN, V. HANUMAN, « Board Composition and Financial Performance: Uncovering the Effects of Diversity in an Emerging Economy », *Journal of Business Ethics*, nº 3, p. 375-88 ; F. GALIA, E. ZENOU, « La diversité du conseil d'administration influence-t-elle l'innovation ? L'impact de la diversité de genre et d'âge sur les différents types d'innovation », *Management & Avenir*, nº 8, 2013, p. 152-81 ; M. TOE, « Diversité du genre au Conseil d'Administration : vers une amélioration de la gouvernance des entreprises ? », *Gestion 2000*, nº 3, 2014, p. 87-113.

auxquelles les sujets adhèrent »[1325], la directive de 2014 a instauré une obligation de *reporting* sur la politique de diversité menée dans les organes de direction des grandes entreprises[1326]. La non-discrimination et la diversité sont des domaines privilégiés de l'action publique de l'Union européenne. Or, au début des années 2010, la composition des conseils d'administration ou de surveillance des grandes entreprises est apparue peu diversifiée, tant du point de vue du sexe, que de l'âge ou des formations et des qualifications[1327]. Cette situation, dénoncée en creux dans les motifs de la directive, justifiait d'améliorer la transparence des politiques de diversité appliquées dans les instances dirigeantes pour inciter les entreprises à agir. Pour le Parlement et le Conseil, « *la diversité des compétences et des points de vue des membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance des entreprises facilite une bonne compréhension de l'organisation des entreprises et des affaires de l'entreprise concernée. Elle permet aux membres de ces organes d'exercer une critique constructive des décisions de la direction et d'être plus ouverts aux idées innovantes, battant ainsi en brèche le phénomène de la "pensée de groupe", caractérisé par la similitude des points de vue. Elle contribue ainsi à une surveillance efficace de la gestion et à une bonne gouvernance de l'entreprise* »[1328]. En un mot, « *le contrôle sera d'autant mieux assuré que le conseil sera composé de membres ayant des compétences, des expertises et des formations différentes, venant d'horizon divers* »[1329]. L'argumentation n'est pas nouvelle. Le registre utilitariste structurait déjà l'opinion du juge Powell dans l'arrêt *Bakke*[1330] et tend à gagner toutes les sphères d'influence de la société[1331]. Le postulat innerve les instances de l'Union, celui-ci figurant même dans les récentes lignes directrices en matière d'intelligence artificielle éthique[1332]. Néanmoins, l'impact de la diversité sur les performances de la société reste difficile à évaluer[1333].

[1325] A. VIGNIAL et C. MAISON-BLANCHE cités *in* I. DESBARATS, « La RSE en droit français […] », *op. cit.*, p. 572-81.
[1326] V. déjà J. –M. CLEMENT, P. HOUILLON, *Rapport d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises*, Rapport à l'AN, nº 737, 2013, p. 81.
[1327] E. MAZUYER, « La responsabilité sociale des entreprises saisie par le droit européen […] », *op. cit.*, p. 73-9.
[1328] § 18, exposé des motifs, dir. nº 2014/95/UE *du PE et du Conseil du 22 octobre 2014 […]*, *op. cit.* V. ég. dans une perspective intersectionnelle Com. nº COM(2020) 152 final du 5 mars 2020 de la Commission au PE, au Conseil, au CESE, au Comité des régions, *Une Union de l'égalité […]*, *op. cit.*, p. 16.
[1329] I. URBAIN-PARLEANI, « La publication de la politique de diversification des conseils d'administration et de surveillance et la gestion des risques non financiers », *RdS*, nº 7-8, 2013, p. 395-6.
[1330] V. *supra* § 32-4 et 48.
[1331] V. réc. la proposition de diversifier les instances de gouvernance des écoles du service public. V. O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier Ministre, 2017, p. 28.
[1332] GROUPE D'EXPERTS INDEPENDANTS DE HAUT NIVEAU SUR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, Commission européenne, 2019, p. 25, 31 et 32.
[1333] B. LECOURT, « La diversité dans les organes d'administration et de direction », *RdS*, nº 10, 2019, p. 587-94, § 39.

244. La directive prévoit que la déclaration sur le gouvernement d'entreprise incluse dans le rapport de gestion de certaines grandes sociétés comporte désormais une description de la politique de diversité appliquée aux *boards* au regard de critères tels que, par exemple, l'âge, le genre ou les qualifications et l'expérience professionnelles[1334]. La description présente également les objectifs, les modalités et les résultats obtenus au titre de cette politique. Faute de telles pratiques, la déclaration doit contenir une explication des raisons qui le justifient[1335].

245. Transposition – Le principe d'une déclaration sur la politique de diversité a été transposé dans le Code de commerce par l'ordonnance du 19 juillet 2017[1336]. Le dispositif concerne les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé qui dépassent deux des trois seuils suivants : un total de bilan de 20 millions d'euros, un chiffre d'affaires net de 40 millions d'euros, un nombre moyen de salariés permanents de 250[1337]. L'article L. 22-10-10 reprend à peu de choses près le texte européen. Le rapport sur le gouvernement d'entreprise joint au rapport de gestion présenté à l'assemblée générale des actionnaires de certaines sociétés intègre « *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. Si la société n'applique pas une telle politique, le rapport comprend une explication des raisons le justifiant* ». Cette présentation est complétée depuis 2018 « *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* »[1338]. Cet amendement part du constat que peu de femmes occupent des postes exécutifs au sein des grandes sociétés, malgré une obligation de représentation dans les conseils d'administration ou de surveillance issue de

[1334] La proposition de directive modifie ce texte, de façon à ce que le genre ne soit plus un critère de *reporting* facultatif. V. art. 1er, § 5 prop. dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *[…], op. cit*.
[1335] Art. 1er, 2), a) dir. nº 2014/95/UE *du PE et du Conseil du 22 octobre 2014 […], op. cit.*
[1336] Art. 3, ord. nº 2017-1180 du 19 juillet 2017 *relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, modifié par l'art. 6, ord. nº 2020-1142 du 16 septembre 2020 *portant création, au sein du code de commerce, d'un chapitre relatif aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation*.
[1337] Art. L. 22-10-10 c. com ; art. R. 225-104, 2º, al. 2 c. com.
[1338] Art. 104, loi nº 2018-771 du 5 septembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel*.

la loi du 27 janvier 2011 dite Copé Zimmermann[1339] – désormais fixée par la loi à 30% puis 40% pour les cadres dirigeants et les membres des instances dirigeantes[1340]. Par ailleurs, le texte épouse la mission dévolue à la société par l'article 1833 du Code civil[1341] et les dernières réformes visant à renforcer la présence des femmes et des salariés dans les organes d'administration et de direction[1342].

246. Objectifs – À l'instar de la déclaration de performance extrafinancière sur les actions visant à promouvoir les diversités, la directive et le Code font le choix de la souplesse et de la confiance aux dirigeants pour définir et mettre en œuvre une politique de diversité. À nouveau, le droit de la transparence se présente sous la forme d'une « *soft hard law* »[1343]. Les autorités misent sur la conjugaison d'une obligation légale de rendre des comptes avec l'exemplarité des bons élèves pour créer un effet d'entraînement et inciter les autres entreprises à s'inscrire dans ce cercle vertueux[1344]. À titre de comparaison, un règlement européen prévoit une exigence de publication similaire à l'égard des établissements de crédit et des entreprises d'investissement[1345]. Mais contrairement au dispositif de la directive 2014/95/UE qui se veut incitatif, la publication prévue par le règlement prolonge une obligation de mettre en place une politique favorable à la diversité en matière de gouvernance d'entreprise. En effet, deux directives complémentaires transposées dans le Code monétaire et financier prévoient que les opérateurs de marché mettent en place des politiques favorables à la diversité au sein de leur organe de direction[1346]. La description de la politique de diversité dans la directive 2014/95/UE

[1339] B. FRANÇOIS, « Féminisation des instances dirigeantes : vers une représentation plus équilibrée ? », *RdS*, n° 10, 2019, p. 612-4.

[1340] Art. 14, 15, 16 loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 *visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle* dite *loi Rixain*.

[1341] « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

[1342] V. respectivement art. L. 225-53 et L. 225-58 c. com ; art. L. 225-27-1, L. 225-23 c. com et L. 114-10-2 c. mutualité. À ce sujet, v. B. LECOURT, « La diversité dans les organes d'administration […] », *op. cit.*, p. 587-94.

[1343] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du reporting extrafinancier français », *RdS*, n° 6, 2018, p. 347-56, § 3.

[1344] I. URBAIN-PARLEANI, « La publication de la politique de diversification […] », *op. cit.*, p. 395-6.

[1345] Art. 435, 2., c) régl. (UE) n° 575/2013 du PE et du Conseil du 26 juin 2013 *concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le régl. (UE) n° 648/2012*.

[1346] Art. 91, 10. et art. 88, 2, a) dir. n° 2013/36/UE du PE 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* : *RdS*, n° 5, 2014, p. 335 com B. LECOURT ; *RdS*, n° 11, 2013, p. 654 com B. LECOURT – art. 45, 5. et art. 45, 4, a) dir. n° 2014/65/UE du PE 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* : *RDBF*, n° 6, 2014, dossier n° 61 com. J. –B. POULLE, A. KANNAN. Ces dispositions ont été respectivement transposées aux art. L. 511-98, al. 2 et L. 421-7-3, II, 1° c. mon. et financier et à l'art. L. 421-7-4 c. mon. et financier. V. aussi AEMF, *Orientations relatives à l'organe de direction des opérateurs de marché et des prestataires de services de communication de données*, 2017, n° ESMA70-154-271 FR, § 5.7.

se lit donc comme le miroir inversé des obligations des entreprises de marchés, envers lesquelles les institutions de l'Union se sont montrées plus impérieuses. Cet exemple montre que si l'outil incitatif ne produit pas d'effet satisfaisant, il est toujours possible d'envisager de le remplacer par un autre, plus contraignant. Dans ce cadre, la portée du mécanisme de « *report or explain* » est à la fois déterminante et emblématique de la philosophie de ce dispositif de reddition. S'il ne s'agit pas d'imposer une telle politique de diversité, les sociétés qui choisissent de s'en tenir à l'écart prennent le risque d'être stigmatisées aux yeux de leurs parties prenantes et du marché. La « *directive crée ainsi une contrainte déguisée, celle de mettre en œuvre une politique de diversité, le cas contraire appelant une "explication"* »[1347]. Qui plus est, dans l'esprit du Parlement européen et du Conseil, l'information délivrée ne saurait être lapidaire. Des lignes directrices, complétées au niveau national par les recommandations de l'AMF[1348], précisent le cadre juridique en vigueur pour aider les entreprises à s'acquitter de leurs obligations et favoriser la comparabilité des données[1349]. Bien que non contraignantes, elles ne paraissent pas moins incontournables, tant elles reflètent et prolongent les attentes du législateur et des parties prenantes[1350]. Des indicateurs clés de performances sur « *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)* »[1351] complètent utilement ces renseignements, sans préjudice du cadre juridique en vigueur sur les statistiques de la diversité[1352].

247. Procédures de contrôle – Pour le reste, le principe est similaire à celui du *reporting* sur les actions visant à promouvoir les diversités. Le dispositif est contraignant formellement. Le commissaire aux comptes atteste de la production de la description requise de la politique de diversité dans un rapport joint au rapport de gestion[1353]. En l'absence de déclaration sur le gouvernement d'entreprise, le mécanisme d'injonction en référé près le tribunal de commerce a vocation à jouer pleinement[1354].

[1347] C. MALECKI, « Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable », *BMIS*, n° 12, 2014, p. 732-9.
[1348] V. par ex. AMF, *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale, et environnementale des sociétés cotées*, 2019 ; AMF, recom. n° DOC2016-13, *Responsabilité sociale, sociétale et environnementale*.
[1349] COMMISSION EUROPEENNE, *Lignes directrices sur l'information non financière […]*, *op. cit.*
[1350] *Ibid.*, p. 19-20.
[1351] *Ibid.*, p. 20.
[1352] V. *infra* § 574 et suiv.
[1353] Art. L. 22-10-71 c. com. ; art. L. 22-10-78 c. com. ; art. A. 823-29, § 15 c. com.
[1354] Art. L. 225-102 par renvoi de l'art. L. 22-10-10 *in fine* c. com.

b – Les informations sur l'application d'un Code de gouvernement d'entreprise

248. Un dispositif fondé sur le principe « *comply or explain* » – Le descriptif de la politique de diversité appliquée au *board* reçoit un prolongement indirect avec l'article L. 22-10-10 *quarto* du Code de commerce. Celui-ci prévoit que lorsqu'une société cotée en bourse se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport sur le gouvernement d'entreprise mentionne les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été[1355]. À défaut d'une telle référence à un code, la société mentionne les raisons pour lesquelles elle a décidé de ne pas s'y référer et, le cas échéant, les règles retenues en complément des exigences requises par la loi[1356]. De la sorte, le texte met à disposition des sociétés une offre d'alternative à nouveau appuyée sur le mécanisme du « *comply or explain* ». Ce principe, qui « *constitue un stade intermédiaire entre l'autorégulation et l'encadrement de l'information* »[1357], participe d'une « *régulation douce* »[1358] fondée sur l'adhésion et la responsabilisation[1359]. Le Code de commerce repose ainsi sur une méthode originale d'articulation entre le droit dur et le droit souple. L'application d'un code de gouvernement tient du volontarisme des entreprises, mais la législation sur le *reporting* les incite fortement à le faire, à l'instar de la loi américaine précurseur de 1991 sur les *Federal Sentences Guidelines* qui réduisait les peines des sociétés jugées pénalement responsables si elles avaient préalablement établi un code de conduite[1360]. Par ailleurs, l'entreprise demeure libre de se référer au code de son choix. Il n'y a pas en France de code de référence auquel il serait obligatoire de se conformer, à la différence d'autres pays européens[1361]. Il n'y a pas non plus d'obligation de se référer à un code national, et plusieurs

[1355] Art. L. 22-10-10, 4° c. com.
[1356] *Ibid.*
[1357] AMF, *Rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2012, p. 23.
[1358] B. LECOURT, « La loi DDAC du 3 juillet 2008 réformant le Code de commerce dans ses dispositions relatives au gouvernement d'entreprises, aux fusions internes, à la SARL et à la SE », *RdS*, n° 3, 2008, p. 563-76.
[1359] P. DEUMIER, « Le principe "appliquer ou expliquer" appliquer la norme autrement ? », *RTD Civ.*, n° 1, 2013, p. 79-84.
[1360] R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail », *Développement durable et territoires*, 2006, § 16.
[1361] V. B. FAGES, « Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise », *BMIS*, n° 4, 2009, p. 428-33.

sociétés ne s'en réclament pas[1362]. La liberté des entreprises est donc très importante, puisque le Code de commerce n'impose aucun modèle[1363].

249. Le code AFEP-MEDEF – Le Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées AFEP-MEDEF[1364] est la principale référence pour de nombreuses sociétés cotées au CAC40 et au SBF 120[1365]. Ce document diffuse les exigences légales de description de la politique de diversité. Au préalable, il confie le soin au Conseil d'administration de 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* »[1366]. Il l'invite ensuite à 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 (représentation des femmes et des hommes, nationalités, âge, qualifications et expériences professionnelles...)* »[1367]. Il prescrit de rendre « *publiques 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* »[1368]. Si ce texte n'apporte pas vraiment d'éléments sur le fond, il précède les dispositions du Code de commerce sur le gouvernement d'entreprise. En se conformant au code AFEP-MEDEF, les sociétés mettent en œuvre une politique de diversité, dont elles pourront ensuite décrire la teneur en application de l'article L. 22-10-10, 2°. Puisque cette prescription existe déjà dans le droit dur, le droit souple accompagne sa mise en œuvre par la diffusion de l'obligation et sa

[1362] V. A. COURET, « *Comply or explain* : les destinées françaises du principe », *BMIS*, n° 3, 2017, p. 202-8, § 26. V. par ex. le *Dutch Corporate Governance Code* (Airbus Group, Gemalto) ; les *Ten Principles of Corporate Governance of the Luxembourg Stock Exchange* (ArcelorMittal) ; le *Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise* (Lafarge Holcim) ; le *Finnish Corporate Governance Code* (Nokia) ; le *Code belge de gouvernement d'entreprise* (Solvay).

[1363] A. COURET, « *Comply or explain* : les destinées françaises du principe », *op. cit.*, § 28.

[1364] Sur ce code, Y. PACLOT, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *RdS*, n° 7-8, 2011, p. 395-403.

[1365] C. DONZEL-TABOUCOU, « Le principe "appliquer ou expliquer" en France ou le droit à l'auto-édiction normative », *RdS*, n° 6, 2015, p. 347-60, § 27.

[1366] AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2020, p. 3, § 1. 7.

[1367] AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, *op. cit.*, p. 7, § 6. 2 ; HAUT COMITE DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE, *Guide d'application du Code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de janvier 2020*, 2020, p. 18.

[1368] AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, *op. cit.*, p. 7, § 6. 2.

concrétisation[1369]. Pour autant, l'apport de ce Code est nul sur le plan pédagogique et faible sur celui de la concrétisation, ce qui l'expose à l'inutilité de l'avis de la doctrine[1370].

250. Autres références – Des dispositions similaires existent dans d'autres codes de conduite, notamment étrangers[1371]. Le *Dutch Corporate Governance Code* par exemple, reprend à son compte ces principes, mais va plus loin que le code AFEP-MEDEF et le dispositif légal. Sur le point de savoir dans quelle mesure les objectifs de diversité ont été atteints, il énonce que les entreprises doivent expliquer quels correctifs ont été pris ou seront engagés en cas d'insuffisance. En outre, le champ d'application légal est limité à certaines grandes sociétés, alors que ce code est applicable à toutes les entreprises[1372]. À titre de comparaison encore, le *Corporate Governance Code* britannique est plus précis sur le processus de recrutement des administrateurs. Le rapport annuel des sociétés doit contenir le processus suivi par le comité des nominations pour recruter des administrateurs. Des recommandations complémentaires du *Financial Reporting Council* (FRC) invitent les comités de nomination à rendre publique leur recherche de candidats et à travailler avec des cabinets de recrutements[1373]. À l'exception notable du code Middlenext[1374] qui ne contient aucune exigence portant sur la diversité, la pluralité des références possibles en dehors du code AFEP-MEDEF tend donc à accompagner la mise en œuvre des dispositions légales.

251. Autres adaptations possibles – En complément de ce « *codex shopping* »[1375], le législateur permet aux entreprises de sélectionner les énoncés auxquels elles décident de se conformer au sein du code de référence qu'elles ont retenu. Toutefois, il consacre aussi la liberté de n'en choisir aucun. À un modèle uniforme est préférée la possibilité d'adopter des comportements différents suivant le contexte de l'entreprise. Dans les deux cas de figure, la société est sommée de justifier son choix. À défaut de suivre les recommandations relatives à la diversité d'un code de conduite, l'entreprise devra donc expliquer les raisons qui le justifient.

[1369] F. KHODRI, P. DEUMIER, « La diversité dans la composition des conseils. Une autre articulation du droit et du droit souple », *Journal des sociétés*, n° 154, 2017, p. 23.
[1370] *Ibid.*
[1371] V. par ex. les recom. 3. 2, 4. 1, 4. 7, 6. 1 et les lignes de conduite associées du *Ten Principles of Corporate Governance of the Luxembourg Stock Exchange* de 2017 ; le § 1. 2 du *Code Suisse de Bonnes Pratiques pour le Gouvernement d'Entreprise* de 2016 ; les recom. 8, 9, 18 et 19 du *Finnish Corporate Governance Code* de 2020 ; les art. 4. 23 et 5. 12 du *Code belge de gouvernement d'entreprise* de 2020. V. aussi AMF, *Étude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens*, 2016, p. 16 et 36-8.
[1372] Art. 2. 1. 5 et 2. 1. 6 *Dutch Corporate Governance Code*, 2016. V. aussi les art. 2. 2, 2. 2. 1, 2. 2. 4.
[1373] AMF, *Rapport 2019 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2019, p. 35.
[1374] MIDDLENEXT, *Code de gouvernement d'entreprise*, 2016.
[1375] A. COURET, « *Comply or explain* : les destinées françaises du principe », *BMIS*, n° 3, 2017, p. 202-8, § 27.

Toutefois, étant donné que la loi ne précise ni le contenu ni les modalités de délivrance de ces allégations, seul le marché apparaît en mesure de sanctionner une entité qui fournirait des explications de mauvaise qualité ou peu signifiantes[1376].

252. Un dispositif de contrôle et d'incitation – Dans ce cadre, la mise en œuvre par l'AMF du principe du « *name and shame* » est censée peser comme une contrainte favorisant le suivi des règles de bonne gouvernance. Cette autorité publique indépendante établit chaque année un rapport sur le gouvernement d'entreprise sur le fondement des informations publiées par les personnes morales dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et ayant leur siège statutaire en France, dans lequel elle épingle les mauvais élèves[1377]. La crainte d'un vote sanction des actionnaires en réaction à des pratiques insatisfaisantes doit théoriquement influencer les dirigeants non respectueux des règles de bonne gouvernance, du type de celles qui concernent la diversité[1378]. C'est dire que « *si, formellement, le principe "appliquer ou expliquer" impose de "préciser", d'"indiquer" et d'"expliquer", tacitement, il prescrit un autre comportement obligatoire, celui de suivre des règles de bonne gouvernance* »[1379]. Il incite au conformisme. Il « *conduit les dirigeants de sociétés ou gestionnaires de fonds à justifier leur attitude vis-à-vis de règles reconnues* […] *et devrait, à terme, les inciter à passer du simple affichage de ces règles à leur intégration effective* »[1380]. Ce faisant, le mécanisme du *comply or explain* condense « *à lui seul toutes les nouvelles tendances* […] *du droit — et avec elles toutes les critiques qui leur sont faites : la recherche d'une norme adaptée, d'une application transparente, d'une alternative à la contrainte* »[1381]. Le thème de la diversité en est une bonne illustration, puisque par l'intermédiaire de ce principe, le code de gouvernance privé vient s'intercaler « *entre les règles impératives du Code de commerce (Droit dur) et les comportements purement spontanés qui relèvent de la pratique (Droit mou)* »[1382] dans une logique de corégulation.

[1376] C. DONZEL-TABOUCOU, « Le principe "appliquer ou expliquer" […] », *op. cit.*, § 11. Le Code AFEP-MEDEF donne cependant des critères à respecter. V. AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, *op. cit.*, p. 31, § 27. 1.

[1377] Le Haut comité de gouvernement d'entreprise (HCGE), organe privé chargé du suivi du Code AFEP-MEDEF, use de la même faculté. V. AMF, *Rapport 2018 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2018, p. 21.

[1378] Néanmoins, les investissements ne semblent pas manifester une activité de contrôle soutenue quant au suivi des codes et à la qualité des explications fournies. V. C. DONZEL-TABOUCOU, « Le principe "appliquer ou expliquer" […] », *op. cit.*, § 36.

[1379] C. DONZEL-TABOUCOU, « Le principe "appliquer ou expliquer" […] », *op. cit.*, § 10.

[1380] V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés […] », *op. cit.*, p. 7-13, § 15.

[1381] P. DEUMIER, « Le principe "appliquer ou expliquer" appliquer la norme autrement ? », *op. cit.*, p. 79-84.

[1382] V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés […] », *op. cit.*, p. 7-13, § 15.

B – Vers un droit de la *compliance* ?

253. Position du problème – Ces dernières années, l'expansion de la contrainte légale sur des mécanismes qui relevaient jusqu'alors de l'autorégulation traduit l'emprise grandissante de la *compliance*. L'affermissement du cadre juridique a eu une incidence sur les bonnes pratiques relatives à la diversité, notamment avec la création d'un statut de lanceur d'alerte[1383] et l'introduction d'un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre qui oblige certaines sociétés à mettre en place un plan de vigilance intégrant les enjeux de la RSE[1384]. M. -A. Frison-Roche s'est attachée à définir les traits de la *compliance*. Ce droit prend sa source dans la définition par les pouvoirs publics d'objectifs de haute importance, auxquels ils associent une obligation nouvelle pour les entreprises de taille significative de rendre effectifs ces buts[1385]. Ces récentes transformations interrogent la place des normes relatives à la diversité à l'égard de ce droit. En effet, si le droit de la *compliance* prolonge le droit de la régulation[1386], tous deux ne reposent pas sur les mêmes mécanismes et sur les mêmes logiques. La régulation s'appuie sur l'incitation par la responsabilisation des opérateurs économiques. Elle est étroitement associée à l'autorégulation par l'internalisation de la règle par chacun d'eux et de l'impératif de son respect. Elle suppose que la norme est jugée légitime par ses destinataires. Ils doivent la considérer comme utile parce qu'elle répond à une préoccupation économique ou sociale et juste, car elle est objectivement proportionnée à son objectif. Dans son prolongement, le droit de la *compliance* repose notamment sur la présence forte des autorités publiques et sur la sanction[1387]. Cette dernière s'inscrit dans une logique de type

---

[1383] Art. 6 et suiv., 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* dite Sapin II ; décr. 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* ; circ. n° NOR : CPAF1800656C du 19 juillet 2018 *relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 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, et aux garanties et protections qui leur sont accordées dans la fonction publique* ; DDD, *Orientation et protection des lanceurs d'alerte*, 2017 ; V. MALABAT, G. AUZERO, « Les lanceurs d'alerte » *in* P. – H. ANTONMATTEI, B. BREHIER, D. GUTMANN et *al*. (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p. 673-84.

[1384] Art. L. 225-102-4 c. com issu de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

[1385] V. par ex. M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, 2017 ; M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Paris, Dalloz, 2019 ; M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021.

[1386] M. –A. FRISON-ROCHE, « Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du Droit de la compliance par ses "buts monumentaux" » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 28.

[1387] V. not. L. 225-102-5 c. com. ; Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, spéc. § 5-14.

« *command and control* » pour assurer l'efficacité de l'application d'une règle nécessairement extérieure à ses sujets et dont la légitimité n'est pas subjective, mais procédurale. Elle est fondée sur le respect de la procédure requise pour son adoption[1388]. En dépit de ces différences, la *compliance* vise à prendre en compte des situations globales, parmi lesquelles figure sans nul doute la lutte contre les discriminations[1389]. Là se trouve peut-être la clé d'entrée des normes relatives à la diversité dans le droit de la *compliance*.

254. Le devoir de vigilance des sociétés – Avec le devoir de vigilance de certaines sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, les sociétés concernées doivent établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance[1390]. Leurs filiales ou les sociétés qu'elles contrôlent sont aussi assujetties à cette obligation. Elles sont réputées la satisfaire dès lors que la société qui les contrôle établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de l'ensemble du groupe. Ce plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, l'environnement et la santé et la sécurité des personnes, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient des relations commerciales. Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport annuel de l'entreprise. Le respect de ce dispositif est garanti par un mécanisme de mise en demeure d'appliquer ces obligations, puis d'injonction si l'entreprise s'abstient de prendre les mesures nécessaires. Le dispositif originel prévoyait des amendes pouvant s'élever à plusieurs millions d'euros, mais il a été censuré par le Conseil constitutionnel pour méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines[1391]. Le manquement à l'obligation de vigilance engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter[1392]. L'action en justice semble assez largement ouverte, puisqu'elle peut être introduite par toute personne

---

[1388] M. –A. FRISON-ROCHE, « Résoudre la contradiction entre "sanction" et "incitation" sous le feu du Droit de la compliance » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 89.
[1389] J.- B. RACINE, « Approches de droit global », *JDI*, n° 3, 2019, p. 665-93.
[1390] Sur ce plan, v. par ex. C. MALECKI, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *BMIS*, n° 5, 2017, p. 298-302 ; S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, n° 15, 2017, p. 19-28.
[1391] Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance […]*, *op. cit.*, cons. n° 5-14.
[1392] Art. L. 225-102-5 c. com. V. sur ce point par ex. P. METAIS, E. VALETTE, « Le devoir de vigilance et les enjeux en matière de responsabilité civile », *RLDA*, n° 153, 2019, p. 48-52. V. aussi M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? », *D.*, n° 11, 2020, p. 609-10 ; N. CUZACQ, « Premier contentieux relatif à la loi "vigilance" du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », *D.*, n° 17, 2020, p. 970-5.

justifiant d'un intérêt à agir. Enfin, le principe du *name and shame*[1393] trouve à s'appliquer ici, puisque la juridiction peut ordonner des mesures de publicité. En 2012, F. -G. Trébulle affirmait que l'enjeu n'était plus « *de déterminer si les entreprises doivent respecter les droits de l'homme, mais de mettre en place des relais procéduraux fiables qui permettent de garantir l'effectivité de ce respect par la sanction des violations identifiées* »[1394]. En dépit du fait que les entreprises ne semblent pas s'empresser de l'appliquer, ce nouveau dispositif semble aller dans ce sens[1395].

255. Avec le devoir de vigilance des sociétés, « *l'assujetti devient l'agent de légalité* »[1396]. S'il est ainsi promu, en quelque sorte, c'est en raison de sa position mondialisée et de sa puissance économique. La multinationale détient l'information, quand bien même elle serait étrangère aux desseins poursuivis par les pouvoirs publics[1397]. Parce qu'elle est en mesure de prévenir la survenance d'un certain nombre de risques jugés hautement indésirables par les autorités, il lui est assigné la mission de faire pression sur les contrevenants, voire d'assurer la répression des comportements pouvant mener à leur réalisation. Ainsi « *parce que les entreprises sont en "situation", sont en "position", parce qu'elles tiennent les informations, parce que sans elles les flux financiers ne se feraient pas, parce qu'elles sont des "opérateurs cruciaux", elles deviennent des "opérateurs de service public mondial"* »[1398]. À défaut de chercher à policer rigoureusement les grandes entités commerciales, les pouvoirs publics les mobilisent dans le contrôle des règles auxquelles elles sont soumises en les sommant de mettre en place des procédures de transparence et de vigilance pour réduire le risque d'infraction à ces exigences[1399]. L'effectivité de ce procédé est assurée par le contrôle de sa mise en œuvre. L'exigence de *compliance* est internalisée dans l'organisation et le fonctionnement des entreprises à travers des obligations structurelles, telles que l'établissement d'un plan de vigilance[1400]. Les autorités veillent et les sanctionnent s'il s'avère que leur rôle d'agent de la

---

[1393] Sur cette technique, v. par ex. N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, n° 2, 2017, p. 473-91.
[1394] F. –G. TREBULLE, « Libres propos sur l'entreprise dans la gouvernance mondiale » *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN, *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 140.
[1395] ACTIONAID, LES AMIS DE LA TERRE FRANCE, AMNESTY INTERNATIONAL et *al*., *Loi sur le devoir de vigilances des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Année 1 : Les entreprises doivent mieux faire*, 2019.
[1396] M. –A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, 2017, p. 8.
[1397] *Ibid*., p. 8-9.
[1398] *Ibid*., p. 9.
[1399] A. GAUDEMET, « Conclusion » *in* N. BORGA, J. –C. MARIN, J. –C. RODA, *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, 2018, p. 257.
[1400] M. –A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation […] », *op. cit*., p. 8-9.

légalité n'est pas effectif[1401]. Le cas échéant, les mécanismes d'alerte doivent l'amener à se dénoncer et à se punir elle-même[1402]. Par conséquent, le rôle des pouvoirs publics évolue. Ils n'agissent plus directement, mais observent, contrôlent, accueillent les preuves que les organisations se conforment[1403].

256. Les normes relatives à la diversité et la *compliance* – Surtout développée en matière financière[1404], puis étendue à la sécurité, l'environnement ou au domaine social, la *compliance* se rapporte à un droit préventif, structurel et de portée internationale[1405]. Si les pouvoirs publics ont élevé en priorité la lutte contre le terrorisme, contre la pollution, l'exploitation des êtres humains ou la corruption, il semble possible de reconnaître dans le droit de la régulation portant sur la diversité certaines caractéristiques qui siéent à la *compliance*. Selon A. Gaudemet, au cœur de la notion se trouve l'idée de processus[1406]. Au-delà de l'obligation juridique, le plan de vigilance repose sur des normes de gestion[1407]. Or, les normes relatives à la diversité dans les organisations ont sans conteste une dimension procédurale et gestionnaire. Ces aspects s'observent principalement dans les dispositifs préventifs mis en place par et dans les organisations : la prohibition des discriminations dans un document éthique ; la contractualisation commerciale de cet engagement et le cas échéant, l'évaluation des partenaires d'affaires ; un diagnostic des risques discriminatoires ; la mise en place de mesures préventives (adhésion à un label ou à une norme technique, un mécanisme d'alerte interne, la formation du personnel, la formalisation, la traçabilité et l'objectivisation des procédures, etc.) ; le suivi et l'évaluation de toutes les mesures précitées[1408]. Ainsi, si le paradigme de la diversité n'est pas convoqué dans le plan de vigilance que doivent établir les sociétés mères, le Code de commerce fait référence aux « risques ». La prise en compte de ces risques est éminemment procédurale : cartographie, analyse, hiérarchisation, évaluation des entités concernées, action d'atténuation ou de prévention, mécanisme d'alerte et de signalements, suivi et évaluation des mesures. Par conséquent, il est possible d'imaginer que les pratiques d'appréhension des risques développées

---

[1401] *Ibid.*, p. 9.
[1402] *Ibid.*, p. 11.
[1403] *Ibid.*, p. 11.
[1404] M. –A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *D.*, n° 32, 2016, p. 1871-4.
[1405] M. –A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation […] », *op. cit.*, p. 8-9., p. 12.
[1406] A. GAUDEMET, « Conclusion », *op. cit.*, p. 254. V. par ex. en comparaison l'art. 17 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* ou l'art. 1er de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 *relative au devoir de vigilance […]*, *op. cit.*
[1407] A. HATCHUEL, B. SEGRESTIN, « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », *Droit et société*, n° 106, 2020, p. 667-82.
[1408] Sur cette dimension procédurale, v. *infra* § 553 et suiv.

dans le cadre des normes relatives à la diversité puissent intégrer le plan de vigilance par « la petite porte » et de manière indirecte au titre des mesures préventives destinées à limiter le risque discriminatoire[1409]. En effet, la recherche de l'effectivité à toutes les strates de l'organisation et la dimension téléologique et pragmatique de ces procédures concourent à la protection des droits des personnes à une échelle territoriale de plus en plus importante. L'intégration d'une mention sur les actions visant à promouvoir la diversité parmi la liste des items soumis à l'obligation de *reporting* va dans le sens d'une responsabilisation des entreprises. C'est donc sous ce rapport que la « *normation* »[1410] portant sur la diversité pourrait intégrer les objectifs et les principes du droit de la *compliance* à travers le devoir de vigilance des sociétés mères.

[1409] Il existe déjà dans le Code du travail une obligation de vigilance et une responsabilité du donneur d'ordre traitant des discriminations et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, en vertu de laquelle celui-ci doit enjoindre à son sous-traitant direct ou indirect de faire cesser une violation de ces dispositions. V. Art. L. 8281-1 c. trav. introduit par art. 4 loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 *visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale* ; art. R. 8281-1 c. trav.

[1410] J. ALAKTIFF, M. DOYTCHEVA, « Normation de la diversité en entreprise. Qu'en est-il des discriminations ethno-raciales ? », *Gestion de la diversité*, 2018.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

257. L'appareillage du paradigme de la diversité fonctionne autour de deux méthodes de régulation : l'autorégulation et la corégulation. L'existence d'un droit autorégulé trouve une justification dans l'hypothèse que les organisations sont les mieux placées pour prendre des décisions qui ont un impact sur leur environnement, au regard d'un système de régulation traditionnelle jugé trop lourd et trop politique[1411]. Ce point de vue place le volontarisme des acteurs au cœur de cette méthodologie. Pour les organisations, l'adoption volontaire de dispositifs portant sur la diversité répond précisément aux exigences de leur environnement. Tout un argumentaire incitatif vient étayer leurs engagements. De manière logique, ce volontarisme est prolongé sur le plan opérationnel par la liberté des acteurs. Liberté de définir la norme, liberté de l'appliquer comme ils l'entendent. Les acteurs fixent les objectifs qu'ils se donnent, les moyens pour les atteindre, les publics ciblés ou encore les modalités de suivi. Ainsi, la norme et son application se distinguent par la « *mutabilité (par opposition à la fixité et la rigidité de la normativité traditionnelle), la singularité (par opposition à l'uniformité...)* [et] *l'endogénéité (par opposition à l'exogénéité...)* »[1412].

258. En miroir de l'autorégulation, la corégulation correspond à une conception particulière du rôle de l'État et de la régulation des conduites par le droit. Autrement dit, elle invite à voir le paradigme de la diversité en droit comme une science de gouvernement. En effet, la corégulation ne se conçoit qu'à travers ce premier phénomène auquel elle apporte une réponse et un effet d'entrainement. C'est ce qu'exprime le préfixe « co » qui renvoie à l'adjonction et au parallélisme, mais aussi à l'hybridation. La loi, le règlement, le contrat ou le droit souple contribuent à orienter et à façonner les comportements avec souplesse, pragmatisme et adaptabilité. Cet ensemble normatif a une vocation essentiellement incitative, mais il connaît plusieurs degrés de contrainte qui sont perceptibles dans le panel instrumental observé. Sous la forme de recommandations ou de lignes directrices, les autorités publiques encouragent et guident les conduites. L'État peut aussi s'adjoindre la participation des destinataires de la norme pour la produire et assurer sa légitimité. Encouragée, l'autorégulation est aussi contrôlée. Avec la reddition d'informations sur les actions visant à promouvoir les diversités et avec la description des politiques de diversité dans les *boards*, la loi organise le suivi indirect des pratiques des grandes sociétés. Le principe du *reporting* marie ainsi l'incitation à la contrainte,

---

[1411] En ce sens, R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés […] », *op. cit.*, § 23.
[1412] G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, nº 109, 2004, p. 11.

dont le principe « publier ou expliquer » est une illustration. Bien que faiblement coercitif, il donne à voir un « *système de corégulation* »[1413] qui, par des principes d'action, une méthodologie, lie divers instruments, ici un instrument de réglementation à des instruments d'autorégulation. Un pas supplémentaire a été franchi avec la loi sur le devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre. Le droit de la régulation glisse vers celui de la *compliance*. Essentiellement procéduraux, les procédés de la *compliance* ne sont pas étrangers aux normes relatives à la diversité qui visent à prévenir les risques de discrimination. De ce point de vue, elles pourraient trouver indirectement une place parmi les diligences dont doivent s'acquitter les sociétés donneuses d'ordre. À l'avenir, la composante méthodologique du paradigme de la diversité pourrait donc même évoluer de la corégulation à la *compliance*.

[1413] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 156.

CONCLUSION DU TITRE 1

259. Envisagé en droit sous un angle formel, le paradigme de la diversité est la matrice d'un droit de la régulation dont les caractéristiques sont entièrement tournées vers le réel, ainsi qu'en attestent ses instruments et son fonctionnement. Si cette instrumentation juridique ne se borne pas au contrat et au droit souple, ces deux types de normes constituent les traits les plus saillants et les plus originaux de ce droit. À cet égard, ils sont parfois perçus comme un symptôme de la dégradation de la norme juridique, et plus largement d'un affaiblissement de l'État. Malgré cela, ils peuvent aussi contribuer à un renouvellement normatif par un élargissement de la gamme des techniques juridiques. Concrets et pragmatiques, ces instruments se distinguent par la recherche d'une meilleure effectivité et par une relation réfléchie à l'action normative[1414]. Du moins, ces aspects sont-ils essentiels pour saisir les rouages du droit de la régulation. Son fonctionnement présente deux modalités révélatrices des transformations juridiques structurelles que J. Chevallier qualifie de postmodernes : celle de l'autorégulation et celle de la corégulation. La première, fondée sur le volontarisme des acteurs, incarné par l'endogénéité normative, témoigne d'une implication et de leur participation croissante au règlement des problèmes sociétaux. La seconde s'appuie sur la première, privilégiant l'incitation et l'orientation des comportements au prix de l'abolition de la distinction entre l'action publique et l'action privée qui servait notamment de justification au rôle de l'État[1415]. Ces deux pôles connaissent néanmoins diverses déclinaisons. Celle-ci se traduit par l'hybridité des instruments et de leur association, en parallèle ou en série[1416]. Dès lors, si l'outil ne produit pas d'effet satisfaisant, il peut toujours être remplacé par un autre plus contraignant. En définitive, c'est moins la force normative de chacune des technologies juridiques employées que leur combinaison normative qui importe[1417]. En lieu et place d'une hiérarchie normative unique, de l'autorité et de l'exclusion du tiers non étatique, c'est une autre organisation faite « *de combinatoires, d'agencements souples, de boucles, de spirales, de labyrinthes, de rétroactions, de flou et de hiérarchies enchevêtrées* »[1418] qui prévaut. Droit autorégulé et droit corégulé qui

---

[1414] CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 133.
[1415] R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés […] », *op. cit.*, § 23.
[1416] L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*, p. 155.
[1417] T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients une corégulation », *RDT*, n° 6, 2017, p. 380-90.
[1418] D. DE BECHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité » *in* E. SEVERIN, A. BERTHOUD (dir.), *La production des normes entre États et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 49.

caractérisent le fonctionnement de l'appareillage du paradigme de la diversité donnent alors à voir un ordre juridique où « *contrairement au principe de séparation des pouvoirs, chacun contribue tour à tour à l'élaboration des normes, à leur évaluation, au suivi de leur mise en œuvre, voire au mécanisme de sanction, sans que l'on puisse clairement distinguer entre un législateur, un enquêteur, un juge, un organe d'exécution* »[1419]. Ils fonctionnent ainsi « *comme un étrange jeu de rôles et de masques, où les acteurs privés et publics se miment les uns les autres, échangent leurs positions et leurs discours, leurs outils et leurs objectifs, sans qu'il soit possible, à ce stade, de savoir s'il s'agit d'un jeu de dupes ou d'une expérimentation collective porteuse à terme d'un nouvel ordre juridique* »[1420]. De ce point de vue, ils seraient à rapprocher de la montée en puissance des acteurs comme synonymes des difficultés éprouvées par l'État pour lutter contre les discriminations et les inégalités. Certains auteurs voient dans ce phénomène l'extension d'une logique de marché à toute la société, qui n'épargne pas le droit[1421]. Pourtant, contrairement à ce que ces transformations laissent entendre, le retrait de l'État et de la marque de la loi semble aussi dissimuler un interventionnisme sophistiqué, une « *politique active sans dirigisme* »[1422]. Pour paraphraser Foucault, cette régulation juridique ne se place pas « *sous le signe du laissez-faire, mais, au contraire, sous le signe d'une vigilance, d'une activité, d'une intervention permanente* »[1423]. Le paradigme de la diversité fournit ainsi l'illustration d'une science de gouvernement. Cette réflexion invite à apprécier les implications d'un droit de la régulation relatif à la diversité sur le reste du système juridique.

[1419] M. DELMAS-MARTY, *Les Forces imaginantes du droit. Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, t.1, 2004, p. 411.
[1420] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et société*, nº 65, 2012, p. 101.
[1421] R. SENAC, « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néoliberale », *RFAP*, nº 153, 2015, p. 173. L'auteure se réfère aux travaux de F. Cochoy.
[1422] M. FOUCAULT, Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979, Paris, Gallimard/Seuil,, 2004, p. 137.
[1423] *Ibid.*

TITRE 2
LES IMPLICATIONS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION

260. Position du problème – Plan – Pour les auteurs qui se sont intéressés aux théories du marché, la régulation s'analyse en un « *effort de remédier aux crises qui affectent le fonctionnement de la normativité traditionnelle* »[1424]. Toute une série de vertus est prêtée à ce droit en miroir d'un modèle classique réputé lacunaire ou en crise[1425]. En rupture avec l'uniformité, la singularité de la norme permettrait une meilleure appréciation des situations concrètes à régler. Endogène, flexible, négociée, réflexive, concrète et pragmatique, cette « *forme nouvelle de la normativité* »[1426] inciterait à ne pas recourir uniquement à des règles fixes et immuables. L'accent mis sur la fonction d'arbitrage et d'équilibre de la norme permettrait de mieux concilier le marché et l'intérêt général. Le droit de la régulation aurait également pour intérêt de pallier un déficit d'effectivité en faisant « *de la normativité l'expression la plus adéquate des aspirations de ceux dont elle doit régir l'activité* »[1427]. Reconnue par les acteurs du système eux-mêmes, la norme serait aussi plus légitime.

261. Cependant, la transposition d'une logique issue des secteurs économiques dans le champ de l'égalité ne relève pas de l'évidence. Des spécialistes du droit de la non-discrimination se sont inquiétés de l'immixtion de ces mécanismes dans ce domaine, une situation qu'ils jugent « *grosse* […] *d'importants périls* »[1428]. Dans un article essentiel paru en 2010, la politologue R. Sénac et la juriste A. Junter envisageaient pour leur part le remplacement des catégories d'action juridique traditionnelles sur la discrimination par des normes managériales relatives à la diversité[1429]. Cette lecture fait penser à la coexistence des paradigmes examinée dans « *La structure des révolutions scientifiques* »[1430]. T. Kuhn y analyse les anomalies scientifiques, c'est-à-dire des énigmes non ou partiellement résolues, comme des phénomènes qui mettent en défaut les conditions d'application du paradigme en place et débouchent sur la formulation d'un nouveau paradigme. Celui-ci vient alors renouveler les théories et les outils existants[1431]. Ce

---

[1424] G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, nº 109, 2004, p. 8.
[1425] *Ibid.*, p. 6 et suiv.
[1426] *Ibid.*, p. 8.
[1427] *Ibid.*, p. 10.
[1428] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, nº 117, 2001, p. 173.
[1429] A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, nº 114, 2010, p. 167-95.
[1430] T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008.
[1431] V. not. *Ibid.*, p. 101-13.

concept a été repris ensuite en science politique. Si certains travaux associent ce processus à une certaine radicalité, d'autres ont souligné combien ce changement pouvait être partiel, incrémental et cumulatif[1432].

262. Sous cet éclairage, la difficulté éprouvée pour concevoir et combattre les discriminations à l'aide des outils traditionnels du droit dans un système résolument aveugle aux différences aurait favorisé l'émergence du paradigme de la diversité. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler les difficultés qui ont entouré la transposition des directives de 2000 dans le droit français et les tensions générées par une volonté politique de lutter contre les discriminations et les apories d'en appréhender la dimension ethno-raciale[1433]. Comme le rappelle T. Kuhn, « *lors des changements de paradigme, il y a généralement un déplacement significatif des critères déterminant la légitimité des problèmes et aussi des solutions proposées* »[1434]. Essentiellement multilatérales, incitatives et non juridiquement sanctionnées, les normes relatives à la diversité seraient à l'opposé du droit de la non-discrimination, unilatéral, obligatoire et répressif. Cette hypothèse de la rencontre entre un ordre juridique à la recherche de son effectivité et d'un droit de la régulation accommodant pose les termes d'une cohabitation (Chapitre 1) source de tensions (Chapitre 2).

[1432] V. par ex. respectivement P. A. HALL, « Policy Paradigms, Social Learning, and the State : The Case of Economic Policymaking in Britain », *Comparative Politics*, n° 3, 1993, p. 275-96 ; M. DE SOUZA ROCHA LUKIC, « Analyser les changements des politiques publiques par des critères cognitifs et institutionnels. Le cas de la fiscalité au Brésil », *Politique et Sociétés*, n° 1, 2020, p. 93-118.

[1433] V. par ex. G. CALVES, « "Il n'y a pas de race ici" Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, n° 17, 2002, p. 173-86 ; P. SIMON, J. STAVO-DEBAUGE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 57-84 ; M. MINE, « Discriminations : une transposition laborieuse », *RDT*, n° 9 et 12, 2008, p. 532-4 et 741-4 ; F. GUIOMARD, « L'impact juridique des lois récentes relatives aux discriminations dans l'emploi en France » *in* J. RINGELHEIM, G. HERMAN, A. REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 85-100.

[1434] T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, *op. cit*., p. 155.

CHAPITRE 1
LES TERMES D'UNE COHABITATION

263. Position du problème – Plan – Dans un sens ordinaire, la cohabitation désigne une situation de voisinage, de vie commune. En droit constitutionnel, elle désigne aussi une « *situation politique accidentelle marquée par le partage de l'exécutif entre une majorité descendante et une opposition montante* »[1435]. Ce sont ces relations entre le droit de la régulation relatif à la diversité et le droit de la non-discrimination, marquées par une communauté de destin parfois quelque peu accidentelle, qu'il convient d'interroger. Aux États-Unis, les dispositifs antidiscriminatoires mis en place dans les années 1970 sous la pression des tribunaux et des agences administratives ont été refondus et intégrés à un appareillage de la diversité à compter des années 1980[1436]. En France au contraire, les normes traitant de la diversité ont été instaurées dans le cadre juridique hésitant de l'« *invention française de la discrimination* »[1437] au début des années 2000. L'absence de véritable stratégie de la lutte contre les discriminations est sans doute pour beaucoup dans l'installation de la cohabitation entre droit de la régulation portant sur la diversité et droit de la non-discrimination (Section 1). L'accent mis sur la responsabilisation des acteurs, entre les mains desquels reposent les instruments qui sont censés réguler leur comportement, déplace la réflexion vers la coexistence entre deux responsabilités *a priori* antagonistes, la responsabilité sociale et la responsabilité juridique (Section 2).

SECTION 1 – DROIT DE LA REGULATION RELATIF A LA DIVERSITE ET DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION

264. Position du problème – Plan – Si le droit de la régulation relatif à la diversité a notamment vocation à servir le droit de la non-discrimination, à tel point qu'il est souvent présenté comme la « *contrepartie positive de la lutte contre les discriminations* »[1438], son

---

[1435] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 188-9.
[1436] L. BERENI, V. –A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, no 94, 2011, p. 30.
[1437] D. FASSIN, « L'invention française de la discrimination », *RFSP*, no 4, 2002, p. 403-23.
[1438] F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport du COMEDD au commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances, 2010, p. 224. Dans le même sens, B. GAURIAU, « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *DS*, no 11, 2008, p. 1060-4, § 3 ; H. ZANNAD, « Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion », *Humanisme et Entreprise*, no 295, 2009, p. 31.

existence à côté d'un cadre juridique de la discrimination renforcé interroge les rapports qui existent entre ces deux pôles. Les pouvoirs publics ont du mal à se décider entre une vision simplement défensive et individuelle (voire collective) de la lutte contre les discriminations et une approche persuasive et anticipatrice par le biais de l'incitation et de la négociation. Le maniement parallèle de l'incitatif et de la prohibition, de l'information et de la condamnation, de la préconisation et de l'exigence de résultat, du libre choix des méthodes et du ciblage des techniques, de l'approche organisationnelle et de la sanction individuelle peut s'avérer délicat[1439]. La puissance publique joue sur plusieurs registres sans s'engager tout à fait. En dépit des hésitations (§ 1), la coexistence de ces deux logiques ne s'est pas révélée totalement infertile, puisque par certains aspects, le droit de la régulation relatif à la diversité est venu enrichir celui de la non-discrimination (§ 2).

§ 1 – Les hésitations

265. Plan – Les hésitations quant à l'équilibre entre droit de la régulation relatif à la diversité et droit de la non-discrimination résultent de son imbrication fragile avec les cadres juridiques de l'action publique (A), mais aussi de la faible effectivité du corpus antidiscriminatoire (B).

A – La faiblesse de l'articulation des cadres juridiques de l'action publique

266. Plan – Si les termes de la cohabitation entre droit de la régulation et droit de la non-discrimination apparaissent aussi indéfinis, c'est que leur articulation ne va pas de soi (1) et demeure largement impensée (2).

1 – Une articulation n'allant pas de soi

267. Plan – Le droit de la régulation fait coexister avec les notions de la discrimination un paradigme qui leur est étranger, la diversité (a). Les normes qui s'en inspirent sont tout aussi étrangères aux régimes juridiques de la discrimination prévus par la loi (b).

[1439] En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *DS*, n° 1, 2007, p. 3-7.

a – Un paradigme de la diversité étranger aux notions juridiques de la discrimination

268. La multiplication des référentiels – La lutte contre les discriminations n'a jamais été pensée comme un objectif unique, prioritaire et transversal de l'action publique, à tel point que des voies s'accordent à dire que « *la lutte contre les discriminations n'a pas eu lieu* »[1440]. Aucune politique publique générale homogène n'existe depuis plus de vingt ans. Les relais institutionnels, éclatés en une multitude d'instances sujettes aux bouleversements de la vie politique, ne sont pas en mesure d'implémenter le problème. La relative inertie de l'action publique a sans doute contribué au manque de cohérence de la lutte contre les discriminations que tout le monde s'accorde à reconnaître aujourd'hui. En particulier, les pouvoirs publics n'ont jamais défini un référentiel politique, clair et assumé. Ils les ont au contraire multipliés au gré des circonstances, sans vision d'ensemble et parfois sans grande consistance : intégration, insertion, solidarité, égalité des chances, mixité, parité, diversité... La communication semble souvent l'avoir emportée sur la rationalité[1441]. La régulation s'est développée en l'absence de véritable stratégie politique. Cette situation se ressent dans l'ordre juridique. L'intégration du paradigme de la diversité dans ce dernier est un bon exemple de la compatibilité supposée avec les notions de la discrimination.

269. La difficulté de distinguer le paradigme de la diversité d'autres notions vient précisément du fait qu'il embrasse plusieurs référentiels. En dépit de l'apparente complémentarité de certains slogans « *Pour la diversité. Contre les discriminations* »[1442], les rapports du paradigme de la diversité avec le droit de la non-discrimination sont marqués par le sceau de la complexité et de l'ambiguïté. Cet aspect a été abondamment souligné par la doctrine, mais aussi par les disciplines non juridiques[1443]. En droit, les textes entretiennent la confusion en associant le paradigme de la diversité à la notion de discrimination. Celle-ci naît avec la présence des deux références dans un même texte ou un même ensemble de dispositions. Parmi

---

[1440] P. SIMON, « La lutte contre les discriminations n'a pas eu lieu. La France multiculturelle et ses adversaires », *Mouvements*, n° 83, 2015, p. 87-96.
[1441] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Angers, Thèse de doctorat en droit, Université d'Angers, 2017, p. 280.
[1442] Du nom de la campagne d'information et de sensibilisation lancée par la Commission européenne dans le cadre de la déc. n° 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006)*. V. aussi le portail dédié de la fonction publique, https://www.fonction-publique.gouv.fr/diversite-et-prevention-des-discriminations.
[1443] V. par ex. F. FAVENNEC-HERY, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *op. cit.*, p. 3-7 ; F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts » *in* F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 2 ; I. BARTH, C. FALCOZ, Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 19.

plusieurs dispositions de ce type, la loi relative à la liberté de communication dispose que le cahier des charges des SNP définit leurs obligations relatives « *à la lutte contre les discriminations par le biais d'une programmation reflétant la diversité de la société française* »[1444]. La déclaration de performance extra-financière insérée dans le rapport de gestion de certaines grandes sociétés régies par le Code de commerce comporte notamment des informations relatives « *aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités* »[1445]. En application de l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique, l'article R. 2152-7 prévoit que l'attribution du marché au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse peut être fondée sur une pluralité de critères liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figurent des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux, tels que « *la diversité* »[1446]. En lien avec les dispositions précédentes, l'article L. 2112-2 du même Code prévoit que les conditions d'exécution du marché « *peuvent prendre en compte des considérations relatives* […] *à la lutte contre les discriminations* », mais sans plus aucune mention de la diversité. Cet état du droit se ressent également dans les normes adoptées par les opérateurs de la diversité. Les acteurs utilisent souvent les mêmes termes pour caractériser des notions et des actions de natures différentes. Les conventions et accords collectifs sur le sujet sont typiques de ce caractère englobant. La diversité y est souvent définie par renvoi aux notions d'égalité de traitement, de non-discrimination, mais aussi à la notion non juridique d'égalité des chances[1447]. Les exemples pourraient être multipliés. Le Label diversité est bien mal nommé au regard des textes juridiques auxquels il fait référence, puisque tous posent un principe de non-discrimination, alors qu'aucune définition n'est donnée de la diversité. Deux des six engagements de la Charte de la diversité concernent directement le principe de non-discrimination, un seulement concerne spécialement la diversité[1448]. Cette confusion est d'autant plus malvenue pour l'intelligibilité du droit que derrière cette association, la notion de discrimination n'a juridiquement aucun lien avec le paradigme de la diversité.

[1444] Art. 48, al. 1er, loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*. V. aussi art. 3-1, al. 4 ; 33-1, I, al. 8 ; 43-11, al. 2 ; 45-2, al. 2.
[1445] Art. L. 225-102-1 c. com.
[1446] Art. R. 2152-7, 1º, a).
[1447] V. par ex. art. 1er et art. 2, al. 5, ANI *sur la diversité dans l'entreprise*, 2006.
[1448] Respectivement § 1 et 2 à comparer au § 3, Charte de la diversité, 2018.

270. Définition – « *Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde* »[1449], écrivait A. Camus pour résumer la pensée du philosophe B. Parain. *A priori*, assimilée à l'hétérogénéité, à la variété ou encore à la pluralité, la diversité semble se situer dans un registre différent de la non-discrimination. Cette dernière n'implique pas la diversité, pas plus que la diversité n'impliquerait nécessairement la non-discrimination. Un espace social quelconque peut très bien ne pas être discriminatoire sans pour autant être divers du point de vue des caractéristiques sociodémographiques de la population qui le compose. Sur le plan juridique, le principe de non-discrimination ne se confond pas avec le paradigme de la diversité. Le droit n'accorde aucun contenu à ce paradigme. Au moment de la création du Label diversité, la HALDE avait d'ailleurs informé la commission chargée de l'élaboration du cahier des charges qu'il n'avait pas de base juridique[1450]. Dans le discours courant, il ne fait que constater la présence ou l'absence de caractéristiques particulières. Il réfère à une simple dispersion statistique, à une moyenne. Il ne qualifie pas ce à quoi il renvoie[1451].

271. Le Défenseur des droits reconnaît que si derrière le paradigme de la diversité, « *certains acteurs de l'emploi mettent bien en œuvre les principes d'égalité et de non-discrimination reconnus en droit et promus par* [cette autorité constitutionnelle], *ce concept n'a pas de contours juridiquement définis et peut recouvrir des actions très diverses* »[1452]. Traduit dans divers instruments par le législateur ou les acteurs, il englobe des préoccupations et des champs d'intervention hétérogènes. Ces objectifs intègrent par exemple des mesures d'égalité des chances, un projet de cohésion sociale, mais aussi des intérêts utilitaristes, sans imposer de modèle général ou à tout le moins sectoriel. Ces buts sont susceptibles de conduire à des approches disparates des publics et des actions, qui n'englobent pas tous les critères de discrimination et ne relèvent pas forcément de la lutte contre ce fléau[1453]. Peu ou mal défini, le paradigme de la diversité rend plus complexe la compréhension des politiques antidiscriminatoires.

[1449] A. CAMUS, *Sur une philosophie de l'expression. Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, t. 1, 2006, p. 908.
[1450] E. LÉPINARD, P. SIMON, *From integration to antidiscrimination… to diversity? Antidiscrimination politics and policies in French workplaces*, Commission européenne, 2008, p. 16.
[1451] HALDE, CONSEIL NATIONAL DE L'HABITAT, *Conférence de consensus sur la diversité sociale dans l'habitat*, 2007, p. 6.
[1452] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 2017, p. 13.
[1453] V. *infra* § 340.

272. L'interdiction des discriminations quant à elle est consacrée dans de nombreux instruments juridiques internationaux[1454] et dans d'aussi nombreuses dispositions de l'ordre interne[1455]. Contrairement au paradigme de la diversité, la discrimination est définie par le droit. De manière générale, trois éléments permettent de caractériser le concept de discrimination : « *(1) le rôle actif joué par un ou plusieurs motifs de discrimination (2) dans la production d'un effet défavorable désavantageant certaines personnes par rapport à d'autres (3) dès lors que cet effet n'est pas justifié par des éléments objectifs* »[1456]. Ces caractéristiques pourront ensuite varier dans leurs manifestations, par exemple selon les modalités de production de l'effet défavorable ou des modalités de prise en compte du motif discriminatoire. À partir de ce noyau dur, la discrimination connaît de multiples déclinaisons, que R. Médard Inghilterra départage en catégories et types. La loi entérine deux catégories de discrimination, la discrimination directe et la discrimination indirecte. Ces catégories connaissent des variations en fonction du texte qui organise leur régime juridique : le Code pénal, le Code du travail, la loi Le Pors, la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ou d'autres dispositions éparses[1457]. Pour s'en

---

[1454] Art. 7 et 23, Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; art. 4, al. 1er, art. 20, 2o, art. 24, 1o, 26, Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; art. 2, 2o et 10, 3o Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ; Conv. internationale pour l'élimination de toutes formes de discriminations raciales du 21 décembre 1965 ; Conv. sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 ; art. 2, art. 3, art. 4, art. 5, art. 23, art. 24, art. 25, art. 27, art. 28, art. 29 Conv. relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 ; Conv. de l'OIT (no 100) sur l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale du 29 juin 1951 ; Conv. de l'OIT (no 111) sur la discrimination (emploi et profession) ; art. 21 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 ; art. 14 Conv. EDH du 4 novembre 1950 ; art. 119 Traité de Rome du 25 mars 1957 ; art. 13 Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 ; dir. no 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* ; dir. no 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* ; dir. no 2002/73/CE du PE et du Conseil du 23 septembre 2002 *modifiant la dir. no 76/207/CEE du Conseil 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* ; dir. no 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 *mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services* ; dir. no 2006/54/CE du PE et du Conseil du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de* travail (refonte).

[1455] Art. 1er, Constitution du 4 octobre 1958 ; al. 1er, 3 et 5 préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; art. 1er et 6 DDHC ; art. 225-1 à 225-4 c. pénal. ; art. L. 1131-1 à L1134-5 c. trav. ; art. 6 à 6 *septies* loi no 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*. *Loi dite loi Le Pors* ; loi no 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*. Ce bloc législatif est complété d'autres dispositions légales spécifiques éparpillées dans les textes.

[1456] R. MEDARD INGHILTERRA, « La discrimination, un concept polymorphe à étreindre », *Délibérée*, no 7, 2019, p. 27.

[1457] Art. 225-1, 225-1-1, 225-1-2 c. pénal ; art. L. 1132-1, L. 1132-2, L. 1132-3, L. 1132-3-1, L. 1132-3-2, L. 1132-3-3 c. trav. ; art. 6, 6 *bis*, *ter* A, loi no 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* ; art. 1er, loi no 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire […]*, *op. cit*. Sur ces variations, v. par ex. C. FERCOT, M. PICHARD, « L'identification des motifs de discrimination dans

tenir à la loi de 2008 autour de laquelle le législateur avait entrepris une tentative d'harmonisation en 2016[1458], « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement* [d'un motif prohibé], *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* »[1459]. Constitue « *une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs* [mentionnés précédemment], *un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* »[1460].

273. D'autres notions gravitent autour de ce socle. Elles correspondent davantage à des types de discriminations permettant de mieux appréhender ce phénomène et ne sont pas toujours assorties d'un régime juridique particulier. Elles ont souvent été dégagées par la doctrine et parfois confirmées par le juge. Figurent parmi celles-ci la discrimination par association, la discrimination multiple, le harcèlement discriminatoire ou l'injonction à la discrimination. Chacune d'elles est susceptible d'être déclinée en discrimination directe ou indirecte en fonction des modalités de production de l'effet défavorable. En revanche, elles n'ont pas la même portée juridique. Certaines sont consacrées par la loi, ou le juge. D'autres ne sont pas reconnues. La discrimination par association peut être définie comme la « *situation dans laquelle la caractéristique d'une personne X (motif prohibé) engendre un traitement défavorable au détriment d'une personne Y qui lui est associée, avec laquelle elle a des contacts ou un lien quelconque. La particularité de cette configuration réside dans la non-confusion entre le porteur – réel ou perçu – de la caractéristique protégée et la victime de l'effet préjudiciable* »[1461]. La CEDH la sanctionne par rattachement à la formule « *tout autre situation* » énoncée à l'article 14 de la Convention[1462]. De son côté, la CJUE considère que l'interdiction de la discrimination « *a vocation à s'appliquer, indifféremment, selon que ladite*

---

la loi. Etude légistique » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, Y. L'HORTY (dir.), *Critères, catégories et stéréotypes. Discriminations : état de la recherche*, Paris, Colloque de l'ARDIS, 9 octobre 2015.

[1458] V. not. art. 87 loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle*.

[1459] Art. 1er, al. 1er loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire […]*, *op. cit*.

[1460] Art. 1er, al. 2 *ibid*.

[1461] R. MEDARD INGHILTERRA, « La discrimination, un concept polymorphe à étreindre », *Délibérée*, n° 7, 2019, p. 27.

[1462] CEDH, sect., 12 septembre 2016, n° 23682/13, *Guberina v Croatia*, not. § 78 (défaut de prise en compte des besoins d'un enfant handicapé dans la détermination de l'éligibilité de son père à un abattement d'impôts concernant l'achat d'une propriété adaptée au handicap de l'enfant).

mesure collective touche les personnes qui ont une certaine [caractéristique] *ou celles qui, sans posséder ladite* [caractéristique], *subissent, conjointement avec les premières, le traitement moins favorable ou le désavantage particulier résultant de cette mesure* »[1463]. Pour l'heure, la discrimination par association n'a été consacrée en droit national que sous sa forme directe et sans cohérence jurisprudentielle d'ensemble. Le juge l'a tantôt indirectement sanctionnée sur le motif de la situation de famille, lorsque le porteur du critère litigieux et la victime avaient des liens familiaux, tantôt explicitement comme telle[1464]. La discrimination multiple[1465] peut quant à elle être définie « *comme une discrimination où entrent en jeu plusieurs motifs également protégés* […] *soit qu'ils s'imbriquent les uns aux autres, dans une dynamique additive ou multiplicative de discrimination cumulée (discrimination à la fois en tant que a et en tant que b), soit qu'une discrimination sui generis surgisse au croisement des différents motifs (discrimination à cause de a et b, mais ni en tant que a, ni en tant que b – c'est une discrimination intersectionnelle au sens strict)* »[1466]. Si la CJUE a accueilli la discrimination simultanée fondée sur plusieurs critères[1467], elle considère qu'il n'existe « *aucune nouvelle catégorie de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs* […] *motifs* […] *dont la constatation puisse être effectuée, lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément*

[1463] CJUE, gr. ch., 16 juillet 2015, n° C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, § 60 (l'installation de compteurs électriques à une hauteur inaccessible dans un quartier densément peuplé de Roms est de nature à constituer une discrimination fondée sur l'origine ethnique lorsque les mêmes compteurs sont installés dans d'autres quartiers à une hauteur normale).

[1464] V. respectivement par ex. Crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365 (le refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée d'un salarié constitue une discrimination dès lors qu'est avérée la prise en considération, par l'auteur du refus, de l'engagement politique d'un membre de la famille du salarié concerné) ; CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 2013/841 (licenciement d'une salariée visant en réalité à la sanctionner en raison des liens l'unissant à son mari, délégué syndical).

[1465] M. MERCAT-BRUNS, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RTD*, n° 1, 2015, p. 28-38.

[1466] G. CALVES, « L'inflation législative des motifs illicites de discrimination : essai d'analyse fonctionnelle » *in* DDD, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, 2018, p. 159. Sur la discrimination intersectionnelle, v. M. MERCAT-BRUNS, Discrimination intersectionnelle : une notion émergente en droit du travail ?, *Bulletin Joly travail*, n° 4, 2021, p. 52-4 ; E. BRIBOSIA, R. MEDARD INGHILTERRA, I. RORIVE, « Discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi », *RTDH*, 2021, p. 27-60 ; M. MERCAT-BRUNS, « Confluence des critères discriminatoires en Europe, révélatrice de discriminations systémiques ? » *in* DDD, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, 2018, p. 164-82 ; A. JAUNAIT, S. CHAUVIN, « Représenter l'intersection. Les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *RFSP*, 2012, n° 62, p. 5-20 ; I. DAUGAREILH, « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes & Migrations*, n° 1292, 2011, p. 34-46 ; P. MARTIN, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *RIDC*, n° 2011/3, 2011, p. 585-608.

[1467] CJUE, ch., 19 avril 2012, n° C-415/10, *Galina Meister c. Speech design carrier systems GMBH* (saisie d'une question préjudicielle sur les modalités d'établissement de la preuve, la CJUE semble admettre qu'une discrimination puisse être fondée simultanément sur plusieurs motifs, en l'espèce l'origine ethnique, l'âge et le sexe) ; CJUE, ch., 6 décembre 2012, n° C-152/11, *Baxter c. Deutschland GMBH* : *RDT*, n° 4, 2013, p. 254 note M. MERCAT-BRUNS (la Cour opère une comparaison des travailleurs en situation de handicap et âgés à celle des travailleurs âgés qui ne sont pas dans une telle situation de handicap).

considérés, n'a pas été établie »[1468]. Le droit positif pourrait évoluer à l'avenir, puisque la proposition de directive visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes propose de prendre en compte la discrimination intersectionnelle en matière de rémunération fondée sur le sexe et différents axes de discrimination[1469]. De son côté, la CEDH a récemment eu l'occasion de se prononcer sur une discrimination intersectionnelle liée au sexe et à l'origine sociale ou la « race » des personnes, mais elle s'est déclarée incompétente pour un motif procédural, le grief ayant été formulé pour la première fois devant elle[1470]. Dans d'autres affaires, elle a semblé admettre tacitement la discrimination intersectionnelle, sans toutefois utiliser le terme d'intersectionnalité[1471]. En revanche, le juge français s'est montré timide en la matière[1472], préférant la plupart du temps traiter les situations d'intersectionnalité comme si elles relevaient d'une discrimination fondée sur un ou plusieurs motifs cumulés[1473]. Néanmoins, certaines décisions ont été remarquées pour avoir pris en compte des phénomènes discriminatoires systémiques[1474], produisant des désavantages particuliers à l'encontre de certains groupes de travailleurs dans des situations

---

[1468] CJUE, ch., 24 novembre 2016, nº C-443/15, *David L. Parris c. Trinity College Dublin*, § 80.

[1469] Art. 3, al. 4 prop. de dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 93 final du 4 mars 2021 *visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'exécution*.

[1470] CEDH, gr. ch., 6 novembre 2017, nº 43494/09, *Garib c. Pays-Bas*, not. § 95-102.

[1471] V. par ex. CEDH, sect., 24 juillet 2012, nº 47159/08, *B. S. c. Espagne*, § 71 (la Cour estime que « *les juridictions internes n'ont pas pris en considération la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution* ») ; CEDH, gr. ch., 1er juillet 2014, nº 43835/11, *S.A.S. c. France*, § 160 (la Cour souligne que l'interdiction posée par la loi du 11 octobre 2010 sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public est susceptible d'avoir des effets négatifs spécifiques sur la situation des femmes musulmanes qui, pour des motifs religieux, souhaitent porter le voile intégral dans l'espace public, mais elle estime qu'elle a une justification objective et raisonnable) ; CEDH, sect., 25 juillet 2017, nº 17484/15, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal* (dans une affaire d'erreur médicale gynécologique, la Cour considère que l'enjeu du litige ne portait pas sur des considérations d'âge ou de sexe en tant que telles, mais sur l'hypothèse selon laquelle la sexualité n'a pas autant d'importance pour une quinquagénaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune).

[1472] Soc., 11 janvier 2012, nº 10-28.213 (la Cour reconnaît que le licenciement d'un homme portant des boucles d'oreilles « *avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe* »).

[1473] V. par ex. CA Versailles, 5 mars 2014, nº 12/03739 (la Cour reconnaît que le rejet de la candidature de la salariée d'une entreprise à une promotion à l'international était ouvertement fondé sur le fait qu'elle était « *une femme de couleur noire* », mais ne retient finalement que la discrimination fondée sur la « race ») ; CA Paris, 21 février 2018, nº 16/02237 (la Cour considère que la fin de la période d'essai d'un salarié reposait sur des motifs discriminatoires, l'état de santé et l'orientation sexuelle, mais les faits révèlent qu'ils étaient intimement liés).

[1474] Sur ce type de discrimination, M. MERCAT-BRUNS, « Discrimination systémique » *in* D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 123-5 ; L. PECAUT-RIVOLIER, M. MERCAT-BRUNS, « Le droit français est-il suffisamment équipé en matière de lutte contre les discriminations systémiques ? », *RDT*, nº 6, 2020, p. 373-9 ; M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : un concept présent ailleurs mais un défi commun ? », *RDT*, nº 6, 2020, p. 423-30 ; M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *LRDH*, nº 14, 2018 ; M. MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, nº 11, 2015, p. 672-81.

intersectionnelles mêlant vulnérabilité économique, sexe[1475] et origine[1476]. En 2019, le Conseil de Prud'Hommes de Paris a également reconnu la discrimination systémique à l'encontre de travailleurs de nationalité étrangère en situation irrégulière comme le produit de discriminations directes, indirectes, d'injonction de discriminer et de harcèlement discriminatoire[1477]. Le harcèlement discriminatoire est défini par la loi de 2008 comme « *tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* »[1478]. Enfin, l'injonction discriminatoire est définie comme « *le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter une discrimination directe ou indirecte* »[1479]. Ce bref panorama montre l'écart qui peut exister entre la définition juridique de la discrimination et le paradigme de la diversité. La notion est substantielle en droit en comparaison des développements superficiels que connaît le paradigme de la diversité dans des normes de régulation. Ce constat est d'ailleurs identique concernant les régimes juridiques de la discrimination.

b – Des normes relatives à la diversité étrangères aux régimes juridiques de la discrimination

274. Champ matériel de la protection contre la discrimination – En comparaison de la protection accordée par le cadre juridique de la non-discrimination, les normes relatives à la diversité n'offrent aucune garantie. Elles sont cantonnées à des champs restreints et leur mise en œuvre, parfois sur une directive légale, dépend à des degrés divers du volontarisme des organisations. Les quelques dispositions législatives qui imposent des obligations sur ce thème n'accordent aucune protection directe aux individus. C'est le cas notamment des obligations des éditeurs de services audiovisuels sur la représentation de la diversité ou des pratiques des

---

[1475] V. par ex. Soc., 3 novembre 2011, n° 10-20.765 (à propos d'une employée à domicile d'origine étrangère dépourvue de titre de séjour qui se trouvait de fait, dans une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail). V. ég. dans une certaine mesure DDD, déc. n° MLD 2015-247 et MLD 2015-248 *relative à des faits de harcèlement sexuel et à des mesures de représailles en raison de la dénonciation de ces faits*, puis CA Paris, 29 octobre 2020, n° 18/00197 (la Cour reconnaît des pratiques de harcèlement sexuel et de représailles discriminatoires à l'encontre d'une salariée qui, au demeurant, était d'origine étrangère, mais sans reconnaître de discrimination ethno-raciale).

[1476] CA Paris, ch., 31 janvier 2018, n° 15/11747, *Stés SNCF, Épic SNCF et Épic SNCF Mobilités* (à propos des cheminots âgés marocains qui ont obtenu un rattrapage de leur carrière et de leur salaire du fait d'avoir été placés pendant plus de 30 ans dans un statut précaire désavantageux par rapport à leurs pairs dans un statut permanent).

[1477] CPH Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051, *Dalloz actualité*, 8 janvier 2020, obs. M. PEYRONNET ; *RDT*, n° 2, 2020, p. 137 com. F. GUIOMARD ; *RDT*, n° 3, 2020, p. 178 com. N. FERRE.

[1478] Art. 1er, 1°, loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire […]*, *op. cit*.

[1479] Art. 1er, 2°, *ibid*.

sociétés commerciales soumises au *reporting*[1480]. En comparaison, le champ d'application de la non-discrimination est défini par le droit, plus étendu et surtout contraignant. Pour en rester à l'exemple de la loi du 27 mai 2008, toute discrimination directe ou indirecte est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle. Les discriminations sont également prohibées en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services, mais aussi en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité[1481]. Au droit de la fonction publique, au Code du travail et au Code pénal s'ajoutent d'autres interdictions des discriminations dans des champs spécifiques. Ainsi, le militaire au combat recueille, protège et soigne sans aucune discrimination fondée sur la « race », le sexe, la religion, la nationalité, l'idéologie ou l'ethnie[1482]. Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques dans ses rapports de droit civil[1483]. Il ne peut être établi aucune discrimination pour l'inscription à la cantine des enfants scolarisés en primaire selon leur situation ou celle de leur famille[1484]. Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte d'un don d'organes, de cellules ou de gamètes en matière de services d'assurance est interdite[1485]. Là encore, les exemples pourraient être multipliés, sans préjudice de la protection qu'offre le droit de la non-discrimination, loin du volontarisme et de la souplesse qui caractérisent les normes relatives à la diversité.

275. Invocabilité – Par ailleurs, le droit de la non-discrimination est mobilisable par les justiciables, personnes physiques et morales que sont les syndicats ou les associations. Ce droit ne peut être fondé que sur un motif énoncé par les textes. Le contentieux de la discrimination est inductif, il s'apprécie au cas par cas suivant les modalités définies par le régime juridique dont relèvent les faits concernés. Ainsi, si le droit pénal exige de prouver l'intention

---

[1480] V. respectivement art. 3-1 al. 3 et 4, art. 20-1A, art. 20-7 II al. 2, art. 33-1 I al. 9, art. 43-11 al. 2, art. 44 I al. 5 et 6, art. 45-2 al. 2, art. 48 al. 1er loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* ; art. L. 225-102-1 et L. 22-10-10, 2º c. com. V. encore art. 3, I, 6º loi nº 2014-856 du 31 juillet 2014 *relative à l'économie sociale et solidaire*.

[1481] Art. 2, loi nº 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire […]*, *op. cit*.

[1482] Art. D. 4122-8 *in fine* c. défense. V. aussi art. L. 4126-4, l'appartenance ou la non-appartenance à une association professionnelle de militaires.

[1483] Art. 16-13 c. civil.

[1484] Art. L. 131-13 c. éduc.

[1485] Art. L. 111-8 c. assurances.

discriminatoire directe et ne connaît pas la discrimination indirecte, la loi de 2008, le Code du travail ou la jurisprudence administrative consacrent un partage de la charge de la preuve pour prouver l'existence d'une discrimination directe ou indirecte[1486]. En comparaison, les normes portant sur la diversité ne sont assorties d'aucun régime juridique de protection particulier mobilisable au contentieux. Il est difficile de savoir ce qu'elles protègeraient autrement qu'en basculant sur les régimes de la discrimination. L'idée d'un « droit à la diversité » auquel correspondrait un régime de protection n'est pas des plus évidente. Pour que le système juridique reconnaisse une protection particulière à quelque chose, il faut au minimum que sa définition permette au juriste de procéder à l'opération de qualification. La doctrine rappelle régulièrement que la création du droit suppose que le mot auquel il renvoie puisse être défini de manière précise et univoque[1487]. Pour reprendre une formule de B. Dondero et F. Nevue, l'« *usage d'un mot, ici en outre fort variable, ne fait pas une définition* »[1488]. Pour qu'un terme soit opposable « *dans le cadre d'une action en justice, il faudrait que l'on soit en mesure de définir précisément le mot, et donc que l'on soit en mesure de l'accepter comme terme en lui affectant des aires d'emploi très spécifiques* »[1489]. Pour autant qu'il soit possible d'en juger actuellement, il est irréalisable d'identifier scientifiquement, de manière descriptive et exhaustive, ce que recouvre la diversité. À tout prendre, une protection juridique particulière doit être opportune. Elle ne doit pas, par exemple, avoir un effet malencontreux, en venant entraver à l'excès un droit ou une liberté. Elle doit aussi être nécessaire, c'est-à-dire qu'il faut que « *la protection sollicitée ne soit pas rendue inutile par un dispositif préexistant* »[1490]. Si l'absence d'un droit à la diversité ne signifie pas qu'il est impossible de porter au contentieux une norme portant sur la diversité, la saisine du juge ne pourra être que résiduelle, loin de la protection accordée aux justiciables victimes de discrimination[1491]. Au-delà de ces observations, l'articulation du droit de la régulation relatif à la diversité avec le droit de la non-discrimination est aussi insuffisamment pensée dans l'outillage juridique de l'action publique.

[1486] Art. 4, loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire […]*, *op. cit.* ; art. L. 1134-1 c. trav. ; CE, ass., 30 octobre 2009, n° 298348, *Mme Perreux*.
[1487] B. DONDERO, F. NEVEU, « Inventer des mots pour créer du droit ? », *LGP*, n° 3, 2017, p. 14-5.
[1488] *Ibid.*
[1489] *Ibid.*
[1490] *Ibid.*
[1491] V. *infra* § 307 et suiv.

2 – Une articulation impensée

276. Position du problème – La science politique distingue le paradigme de la lutte contre les discriminations de celui de la diversité[1492]. Alors que le premier est dominé par une régulation normative traditionnelle fondée sur l'égalité, le second repose sur une logique néo-libérale fondée sur le marché, que l'État coordonne à distance. La distinction permet d'introduire le glissement d'un droit répressif entre les mains du législateur et du juge vers celui d'un droit préventif placé sous la responsabilité des acteurs. De nombreux spécialistes ont souligné les limites d'une action publique qui aurait cédé à la facilité avec le droit de la régulation, quitte à se détourner du problème structurel de la non-discrimination et de ses auteurs. La déviation du registre d'action de l'État vers la régulation remplacerait une politique générale de lutte contre les discriminations[1493]. L'analyse n'est pas contestée sur un plan historique. Cependant, le problème n'est pas tant celui de la coexistence de ces deux logiques, qui peuvent très bien être articulées de concert, que les conditions dans lesquelles elles cohabitent. L'action publique peut tout à fait inclure des procédés de régulation. Aux États-Unis, le recours à l'incitation prolonge une politique de juridictionnalisation de l'action antidiscriminatoire[1494]. La prévention des discriminations parachève un système répressif qui a vu de très grandes entreprises être sévèrement condamnées. L'effet dissuasif de la menace judiciaire est tangible dans ce pays. En Islande, la loi impose aux employeurs une certification d'audit du système d'égalité de rémunération des organisations pour prouver qu'ils s'emploient à ne pas discriminer[1495]. En Afrique du Sud, la loi interdisant les discriminations est depuis longtemps articulée à des normes volontaires. Les employeurs doivent mener un état des lieux pour identifier les risques discriminatoires qui pèsent sur leur structure. Sur cette base, ils

---

[1492] En ce sens, A. PREVERT, « La lutte contre les discriminations en France. Les chemins de traverse d'une politique publique » *in* E. GUILLALOT, A. PREVERT (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 49.

[1493] V. par ex. J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 291.

[1494] D. SABBAGH, « Sous couvert de diversité les entreprises se conforment à des obligations préexistantes », *Observatoire des inégalités*, 11 février 2010 ; S. BENICHOU, D. SABBAGH, I. KOHLER, *Égalité de traitement dans l'emploi : Les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine*, French-American Foundation, 2009, p. 29.

[1495] Dénommé *Standard ÍST 85, Equal Wage Management System – Requirements and guidance*. Depuis 2018, l'obtention de ce certificat est obligatoire pour les entreprises islandaises de plus de 25 salariés en matière de discriminations fondées sur le sexe. Le dispositif a vocation à s'étendre à d'autres motifs. Il appartient aux partenaires sociaux de saisir l'autorité chargée de l'égalité des genres pour que l'absence de certification soit constatée. Celle-ci définira la sanction applicable et les corrections à apporter. En France, la piste d'un logiciel d'égalité salariale analogue un temps envisagée a vite été abandonnée. V. S. ÓLAFSSON, « Iceland: Equal pay certification legalised, ESPN Flash Report 2017/55 », *European Social Policy Network Flash Report*, n° 2017/55, 2017 ; I. WAGNER, *Certified Equality. The Icelandic Equal Pay Standard*, Institute for Social Research, 2018 ; T. THUILLIER, « Égalité salariale: la piste du logiciel abandonnée », *L'Express*, 10 août 2018.

doivent établir un plan d'équité contenant les objectifs à atteindre et les mesures envisagées (action positive, aménagements raisonnables, formations, etc.). Un code de bonne pratique édité par les autorités les guide dans l'élaboration de ce plan, qui leur est ensuite remis. Celles-ci peuvent imposer des amendes si l'employeur ne prépare pas ce document ou s'il ne le met pas en œuvre. Ce dernier doit évaluer régulièrement les progrès réalisés à travers un rapport à nouveau remis aux autorités et rendu public. Les institutions peuvent faire des recommandations et diligenter des enquêtes. En l'absence de conformité, l'employeur peut être sanctionné par le juge. Enfin, l'accès aux marchés publics est conditionné au respect de ces exigences[1496]. Sur un modèle d'articulation des cadres de pensée, méthodes et des techniques assez proche, la proposition de directive pour renforcer l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes entend exploiter le levier de la transparence pour amener les employeurs à faire évoluer leurs pratiques salariales. Si elle prévoit notamment la communication publique de données sur les écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes, elle organise aussi la diffusion d'informations précises aux parties prenantes (personnel, représentants, inspection du travail, organismes chargés de l'égalité)[1497]. Le mécanisme est d'autant plus intéressant que l'employeur qui refuserait de respecter ces obligations de transparence verra la charge de la preuve être transférée au défendeur, sans exiger du demandeur qu'il établisse une discrimination, même présumée[1498]. De leur côté, les autorités pourront établir un suivi des pratiques d'une entreprise et adopter des mesures de sensibilisation[1499]. Pour finir, les États devront veiller à ce que les opérateurs de marchés publics disposent de mécanismes de formation des rémunérations qui n'induisent pas un écart de rémunération entre les travailleurs féminins et masculins injustifié[1500].

277. Un tel réalisme fondé sur les forces et les intérêts en présence n'est pas ignoré en France. De manière très pragmatique, « *ce que la loi cherche à imposer aux différents acteurs* […] *c'est en effet de cesser – sous peine de sanction, y compris pénale – de tenir compte de l'origine des individus (et, plus largement, de toutes leurs caractéristiques personnelles non liées à leurs capacités productives). Si les* [organisations] *préfèrent se donner l'illusion qu'elles obéissent à*

[1496] V. *Employment equity act*, 1998.
[1497] Art. 8, prop. de dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 93 final du 4 mars 2021 *visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'exécution*.
[1498] Art. 16, *ibid.*
[1499] Art. 26 et 26, *ibid.*
[1500] Art. 21, *ibid.*

une "charte" plutôt qu'à la loi, qu'importe… »[1501]. Cependant, l'articulation des mécanismes de régulation avec le droit de la non-discrimination n'a jamais été sérieusement réfléchie par les pouvoirs publics. L'approche incitative et négociée s'est installée en l'absence de toute consolidation des politiques publiques et du droit de la non-discrimination. La reconfiguration du répertoire de l'action publique française autour d'un droit de la régulation traitant de la diversité s'est faite avec désordre et en dépit de toute imbrication stratégique avec le cadre juridique antidiscriminatoire. L'essor de ce droit a permis des progrès, mais il ne s'est pas inscrit dans une stratégie cohérente, transversale et pilotée de lutte contre les discriminations[1502]. L'action publique souffre d'un manque évident de coordination, laissant place à la dispersion des initiatives entre les administrations et les entreprises. Le Défenseur des droits s'emploie depuis quelques années à faire des propositions pour mieux articuler la logique de régulation à la logique de répression, mais sans toujours avoir été entendu par le législateur[1503]. Les exemples pourraient sans doute être multipliés, mais il est possible de saisir la fragilité de la rencontre entre la non-discrimination, synonyme de contrainte, et de la régulation, synonyme de liberté, dans la primeur donnée à la logique gestionnaire sur la logique juridique. De ce point de vue, les garanties entourant le suivi des normes portant sur la diversité peinent à convaincre. Elles témoignent des difficultés, voire des réticences, du législateur à exploiter pleinement le cadre de la régulation au service de la prévention des discriminations. Or, en l'absence de garanties suffisantes sur l'effectivité des pratiques des organisations, le marché ne sera pas en mesure d'exercer pleinement son contrôle. En effet, « *comment un marché mal informé peut-il sérier le bon grain de l'ivraie ?* »[1504]. Les normes traitant de la diversité risquent alors de se réduire à un recueil de bonnes intentions. Dans ce cas, la dialectique de la régulation perd une partie de son potentiel pour lutter contre les discriminations, soit que les logiques de régulation et de non-discrimination ne sont pas articulées entre elles, soit qu'elles le sont insuffisamment.

278. La faiblesse des garanties des mécanismes de suivi – Le suivi des normes relatives à la diversité est un aspect important de la prévention des discriminations. Il permet de mesurer leur effectivité, d'identifier les insuffisances et le cas échéant de les corriger, et cela dans la

---

[1501] G. CALVES, « Répression des discriminations : l'adieu aux armes » *in* V. CHAMPEIL-DESPLATS, N. FERRE (dir.), *Frontières du droit, critique des droits : billets d'humeur en faveur de D. Lochack*, Paris, LGDJ, 2007, p. 49.

[1502] DDD, *Rapport discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 46.

[1503] V. réc. DDD, Avis n° 18-20 du 30 août 2018 *relatif au projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises*.

[1504] N. CUZACQ, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *RdS*, n° 12, 2015, p. 707-19, § 37.

perspective de créer un cercle vertueux. Pourtant, les mécanismes de suivi autorégulés ont tous pour écueil d'assimiler, à des degrés divers, le contrôleur au contrôlé, ce qui instille le doute sur leur indépendance, leur impartialité et donc sur leur crédibilité et leur légitimité. L'indépendance et l'impartialité sont des marqueurs forts du contrôle juridique. L'indépendance est la situation où une personne n'est pas subordonnée à une autre personne. Elle implique qu'elle exerce seule et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés[1505]. Elle est étroitement liée à l'exigence d'impartialité qui renvoie à l'absence de parti pris et de préférence[1506]. Pourtant, les mécanismes de suivi du respect des normes portant sur la diversité mis en place par les organisations peinent à se conformer pleinement à ces exigences. Certes, ces considérations ne sont pas totalement inexistantes. La volonté d'extérioriser le contrôle des mesures appliquées est une bonne illustration de l'existence d'une tendance à la transposition de la logique juridique dans le champ de la régulation[1507]. Toutefois, il ressort de ces démarches de contrôle une hésitation, comme si les opérateurs de la diversité s'arrêtaient en chemin et peinaient à se conformer pleinement aux exigences d'impartialité et d'indépendance. Que le contrôle soit interne ou externe, l'organisation paraît plus ou moins en mesure de maitriser la surveillance dont elle est l'objet, car elle commande l'initiative, la pilote et en détermine les moyens[1508]. Même lorsque la vérification est externalisée, les cabinets d'expertise sont économiquement dépendants de la structure auditée. Ainsi, M. Capron, F. Quairel-Lanoizelée signalent que « *lorsque des audits ont lieu pour s'assurer que leurs principes et leurs engagements sont respectés, de nombreux observateurs relèvent que l'impartialité n'est pas garantie* »[1509]. Ce scepticisme ne vaut pas seulement à l'égard des cabinets d'audits ou comptables, mais existe aussi à l'égard des ONG, suspectées de ne pas être totalement indépendantes[1510]. En tout état de cause, la fréquence de la sollicitation d'un suivi externe par les entreprises serait faible, car les audits sont dispendieux et les procédures chronophages. Sans suivi régulier, sans indépendance économique et sans rupture des liens de loyauté avec l'organisme contrôlé, l'objectivité n'apparaît guère atteignable. *Mutatis mutandis,* le constat vaut aussi à propos de l'exigence de *reporting*. Si le législateur a instauré un mécanisme de

---

[1505] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 536-7.
[1506] *Ibid*., p. 521.
[1507] En ce sens, M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016, p. 383.
[1508] En ce sens, I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion », *JCP G*, nº 9, 2003, p. 337-43.
[1509] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La Découverte, 2016, p. 70.
[1510] OCDE, *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, 2001, p. 86.

vérification sociétale consistant à attester ou non de la sincérité des données contenues dans la déclaration de performance extra-financière, ainsi que de la correcte application des procédures associées, il n'a pas assuré l'indépendance du tiers indépendant chargé de cette mission[1511]. De même, la déclaration sur la gouvernance d'entreprise en matière de politique de diversité est attestée par le commissaire aux comptes de l'entreprise dans un rapport joint au rapport de gestion[1512]. C'est donc encore une fois l'organisme contrôlé qui nomme l'organisme contrôleur.

279. Certains auteurs ont souligné le paradoxe qu'il y aurait à vouloir crédibiliser les démarches éthiques volontaires du type de celle de la diversité. Pour P. Deumier, « *le droit souple emprunté par la RSE est né de l'impuissance du droit traditionnel à réaliser des progrès effectifs dans certains domaines et a voulu miser sur une voie alternative, fondée sur l'adhésion et la participation des destinataires, pour une meilleure effectivité ; or il lui est désormais, avec constance, reproché de ne pas présenter les caractères et garanties du droit traditionnel* »[1513]. De ce point de vue, les exigences d'indépendance et d'impartialité que connaît la discipline juridique ne sont peut-être pas transposables à la logique de régulation. Ce blocage serait finalement une conséquence inhérente à un système de régulation caractérisé par la libre action des organisations. Toutefois, sans rompre avec cette logique, il est possible de convenir avec P. Deumier que l'expertise indépendante est une façon d'améliorer une méthode qui recherche l'effectivité par la persuasion, l'incitation et l'accompagnement[1514]. Au fond, le législateur pourrait renforcer l'accompagnement par l'expertise et sur les leviers de la réputation et de l'investissement. En ce sens, le Défenseur des droits préconise d'instaurer un audit portant sur la prévention des discriminations dans les grandes entreprises et administrations publiques, dont l'exercice serait confié à l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS). Cette administration lui rendrait compte directement des résultats des audits réalisés, de façon à ce qu'il puisse formuler des recommandations et accompagner les acteurs pour se conformer au droit de la non-discrimination[1515]. Le mécanisme n'est pas sans rappeler le principe de la certification sur l'égalité salariale mise en place en Islande ou même la communication de ces données à l'organisme chargé de l'égalité de traitement prévue par la proposition de directive

---

[1511] Art. L. 225-102-1, V c. com. Sur la vérification sociétale, C. GILLET-MONJARRET, « L'étude de la pratique de vérification sociétale dans le contexte français de la loi Grenelle 2 », *Revue de l'organisation responsable*, n° 1, 2014, p. 26.
[1512] Art. L. 22-10-71 c. com. ; art. L. 22-10-78 c. com. ; art. A. 823-29, § 15 c. com.
[1513] P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, n° 23, 2013, p. 1564-70.
[1514] *Ibid.*
[1515] DDD, Avis n° 16-15 du 1er juin 2016 *sur le projet de loi égalité et citoyenneté*, p. 18.

pour renforcer l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes[1516]. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé de demander aux branches et aux entreprises de mettre en place des *auto-testing* sur les discriminations[1517]. L'intérêt pour ce type de procédures vient d'être réaffirmé par les économistes O. Blanchard et J. Tirole qui y voient un outil sur la base duquel les pouvoirs publics pourraient encourager les organisations à fixer des objectifs d'embauche[1518]. Néanmoins, ces propositions n'ont pas été concrétisées pour l'instant.

280. L'absence de garanties sur le caractère opératoire de l'information relative à la diversité délivrée – Dans le même ordre d'idées, la transparence est au cœur de la force centripète qui tend à réintégrer les pratiques sur la diversité dans le giron du droit, mais elle « *privilégie la souplesse sur la notion d'image fidèle et la logique de reddition* »[1519]. En effet, la directive et le Code de commerce ne garantissent pas la délivrance d'une information opératoire au regard de « *la compréhensibilité, la pertinence, la fiabilité, la complétude et enfin la comparabilité* » des données[1520]. Plusieurs études ont régulièrement pointé les limites méthodologiques des renseignements publiés[1521]. Or, la délivrance d'une information non opératoire ne permet pas aux parties prenantes de juger de la qualité des mesures relatives à la diversité mises en œuvre. Dans ce cas, c'est un levier d'effectivité essentiel des normes portant sur la diversité qui est grippé. Le simple énoncé de valeurs (« *XXX fait une promotion active de la diversité au plan mondial* […] *le Groupe considère la diversité comme un facteur de progrès, d'innovation et de création avec comme priorités l'égalité entre les femmes et les hommes* »[1522]) est insuffisant. L'affirmation du respect de la loi ou la transmission de renseignements partiels (information qualitative et non quantitative ou inversement, périmètre limité à un site pilote ou à un type d'action, information trop valorisante, etc.) le sont tout autant[1523]. Le *reporting* n'est pas un exercice de communication. Pourtant, la pratique lui en donne parfois l'allure, les

---

[1516] V. *supra* § 272.
[1517] J. –C. SCIBERRAS, *Rapport sur le suivi de la mise en œuvre des propositions du groupe de dialogue sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social et au ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, 2016, p. 35.
[1518] O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Les grands défis économiques*, Rapport au Président de la République, 2021, p. 478. L'articulation en ces termes de cette proposition avec le système juridique pourrait s'avérer délicate.
[1519] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du reporting extrafinancier français », *RdS*, n° 6, 2018, p. 347-56, § 2.
[1520] N. CUZACQ, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon […] », *op. cit.*, p. 707-19, § 3.
[1521] V. par ex. OREE, *Troisième année d'application du dispositif français de reporting extrafinancier : Bilan et perspectives*, 2015 ; AMF, *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale, et environnementale des sociétés cotées*, 2019.
[1522] OREE, *Deuxième année d'application du dispositif français de reporting extrafinancier : Bilan et perspectives*, 2014, p. 84.
[1523] M. JULIEN, E. MAZUYER, « Les obligations des entreprises en matière de reporting social », *RDT*, n° 4, 2015, p. 234-43.

entreprises ayant « *trouvé dans la gouvernance éthique un moyen de faire face à la crise en restaurant la sympathie des consommateurs* »[1524]. La qualité des renseignements délivrés demeure en dehors du champ de contrôle de l'OTI qui ne vise que la conformité des informations au Code et leur sincérité[1525]. Son avis ne vise donc pas l'assurance de la qualité de l'information, mais plutôt l'instauration d'un débat au sein des instances dirigeantes[1526]. Conscientes des limites de ce système, les instances de l'Union européenne ambitionnent de propulser les informations de durabilité au même niveau que les informations financières[1527]. Pour ce faire, la proposition de directive CSRD entend soumettre ces renseignements aux normes d'assurance des contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés[1528]. Ainsi, le rapport inclurait notamment une description du champ d'application de l'assurance des informations publiées et définirait les normes d'assurance selon lesquelles elle a été réalisée. Il devrait également comporter l'avis du contrôleur légal des comptes sur les informations rapportées. Les sanctions et la supervision publique du contrôle légal des comptes s'appliqueraient dans les mêmes conditions. Cette hausse de la crédibilité des renseignements publiés est pensée pour renforcer l'efficience du dispositif par le marché.

281. Du reste, l'absence de garanties sur le caractère opératoire de l'information délivrée se trouve amplifiée en l'absence de méthodologie de *reporting*. La loi ou le règlement n'imposent aucune nomenclature particulière. Il n'y a pas de consensus sur la méthodologie à respecter pour rapporter sur le thème de la diversité. Ce défaut d'indicateurs précis favorise l'hétérogénéité des pratiques. Il rend difficile la comparabilité des informations entre les entreprises, le Code limitant la présentation des données à deux ans (exercice clos et exercice précédent)[1529]. D'autre part, l'absence d'indicateurs clés est de nature à favoriser les logiques de façade, dès lors que les entreprises peuvent toujours construire des critères qui valorisent

---

[1524] V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Dsoc.*, n° 6, 2011, p. 7-13, § 31.

[1525] Néanmoins, le nombre de commentaires serait en hausse pour le deuxième exercice de publication. V. MAZARS, *Pratiques et tendances de reporting extrafinancier en France*, Baromètre n° 10, 2020, p. 10.

[1526] V. exposé des motifs, art. 101 loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement*.

[1527] Art. 3, prop. dir. du PE et du Conseil n° COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *modifiant les dir. n° 2013/34/UE, n° 2004/109/CE et n° 2006/43/CE ainsi que le règl. (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*.

[1528] En l'occurrence, dir. n° 2006/43/CE du PE et du Conseil du 17 mai 2006 *concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les dir. n° 78/660/CEE et n° 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive n° 84/253/CEE du Conseil*.

[1529] Art. R. 255-105-1, I c. com. En ce sens, B. PETIT, « "Reporting" RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau », *E.*, n° 7, 2014, p. 17-25, § 12.

leurs points forts et laissent dans l'ombre leurs faiblesses[1530]. Une société préférera généralement publier une information non opératoire plutôt que de ne rien communiquer du tout ou de publier une information négative[1531]. Ce type de donnée est « *d'autant plus difficile à évaluer, contrôler et apprécier que les mesures annoncées peuvent prendre une forme convaincante, mais être dénuées de toute portée effective* »[1532]. Dès les années 1990, aux États-Unis, les entreprises ont déployé des stratégies de « *showcasing diversity* » à des fins de conquête de nouveaux marchés[1533]. Face au risque de le voir instrumentalisé à des fins d'image, le *reporting* ne doit pas « *faire croire à une moralisation* […] *qui n'existerait que sur le papier* »[1534] pour dissuader le législateur de recourir à des mesures plus contraignantes[1535]. L'absence de prescriptions précises exclut par exemple que les sociétés rendent des comptes sur leurs actions de lutte contre les discriminations systémiques à l'endroit des groupes des travailleurs, clients ou usagers les plus désavantagés[1536]. Malgré l'ambition des lignes directrices sur le *reporting* d'apporter de la rigueur à l'exercice, de l'aveu même de la Commission, elles n'ont pas suffisamment amélioré la qualité des informations[1537]. La proposition de directive CSRD souligne les faiblesses du dispositif actuel qui ne garantit pas que les besoins des utilisateurs soient satisfaits[1538]. Les investisseurs, les consommateurs ou les partenaires commerciaux sont placés dans une situation asymétrique dans laquelle ils n'ont d'autres choix que de s'en remettre à l'information produite, car ils n'ont pas à leur disposition les moyens de vérifier eux-mêmes sa véracité ou sa qualité[1539]. Néanmoins, il faut prendre garde à ce que l'évaluation ne débouche pas sur une « "*quantification" (au sens de "mesure chiffrée") qui ambitionne de retranscrire la réalité des performances* »[1540]. La primauté de la logique comptable est d'autant plus à craindre que la tentation des chiffres peut être forte au moment

---

[1530] N. CUZACQ, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon […] », *op. cit.*, p. 707-19, § 42.
[1531] M. JULIEN, E. MAZUYER, « Les obligations des entreprises en matière de *reporting* social », *op. cit.*, p. 234-3.
[1532] F. –G. TREBULLE, « L'environnement en droit des affaires » *in* N. ANTAKI, J. BEGUIN, B. BOULOC (dir.), *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1043.
[1533] V. P. SHIN, M. GULATI, « Showcasing diversity », *North Carolina Law Review*, vol. 89, 2011, p. 1040 cité par M. MERCAT-BRUNS, *Discrimination en droit du travail : Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, p. 282.
[1534] M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit : du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986, p. 249-50.
[1535] N. HUET, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de Droit ? » *in* M. HAYAT, A. REYGROBELLET, *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain : regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 169-71, spéc. p. 169.
[1536] M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils […] », *op. cit.*, § 46.
[1537] § 32 préambule prop. dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *[…]*, *op. cit.*
[1538] Al. 4 *ibid.*
[1539] G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi nº 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite "Grenelle II") », *RdS*, nº 2, 2011, p.75-86, § 33.
[1540] J. –P. ROBE, E. MAZUYER, « Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ? », *RDT*, nº 7, 2010, p. 413-8.

de tirer le bilan de la diversité de la structure. Le *reporting* ne doit pas se limiter à faire un état de la diversité des effectifs occultant le problème de fond de la lutte contre les discriminations.

282. Afin de limiter ces effets préjudiciables, le Code de commerce n'ignore pas la normalisation. À défaut de la rendre obligatoire, la loi cherche à saisir le phénomène et à renforcer la crédibilité du *reporting*. Cependant, l'existence de ces outils de normalisation que le droit prend en compte sans les institutionnaliser atteste d'une logique législative de suivi qui peine à trouver un équilibre satisfaisant[1541]. En effet, la liberté pour les entreprises de choisir leur référentiel présente les mêmes défauts que l'absence d'indicateurs : la multiplication de ces documents peut conduire à un éparpillement des procédés et à des pratiques de *pick and choose*, loin de l'idée de standardisation qui assurerait une meilleure prise au marché et aux autorités. Le Défenseur des droits plaide depuis plusieurs années pour la création d'indicateurs non financiers et statistiques permettant de documenter la thématique diversité et de les utiliser pleinement pour lutter contre les discriminations[1542]. De tels indicateurs auraient des vertus certaines pour identifier et prévenir les discriminations. Ils permettraient de mesurer les risques discriminatoires au sein de l'entreprise et d'évaluer l'efficacité des mesures pour tendre à leur neutralisation. Dans le même ordre d'idées, l'Institut Montaigne propose d'adopter un référentiel commun de *reporting*[1543]. Les référentiels fournissent une méthodologie et des lignes directrices destinées à guider les sociétés à s'acquitter de leurs obligations. Ils visent à rendre crédibles et propres à être auditées les données publiées, ainsi qu'à permettre aux parties prenantes de les interpréter ou de comparer les performances des entreprises dans le temps et dans l'espace[1544]. La normalisation améliore la qualité de l'information. Elle renforce la logique juridique par l'uniformité qu'elle figure et tempère le monopole de l'entreprise en réduisant sa marge de manœuvre[1545]. L'intégration d'indicateurs par motifs de discrimination, à l'instar des indicateurs déjà employés dans l'entreprise concernant le sexe ou les travailleurs handicapés et de ce que préconise le Défenseur des droits en matière de RSE, aurait le mérite d'articuler plus sûrement le *reporting* portant sur la diversité avec la lutte contre les discriminations[1546]. Elle

[1541] P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *op. cit.*
[1542] V. par ex. DDD, Avis n° 18-20 du 30 août 2018 *relatif au projet de loi n° 1088 relatif à la croissance […]*, *op. cit.* ; DDD, Avis n° 16-15 du 1er juin 2016 *sur le projet de loi n° 3679 Egalité et Citoyenneté*, p. 17 ; J. –C. SCIBERRAS, *Rapport sur le suivi de la mise en œuvre des propositions […]*, *op. cit.*, p. 36.
[1543] INSTITUT MONTAIGNE, *Dix ans de politiques de diversité : quel bilan ?*, 2014, p. 76.
[1544] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 107.
[1545] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 350.
[1546] DDD, Avis n° 18-20 du 30 août 2018 *relatif au projet de loi n° 1088 relatif à la […]*, *op. cit.*, p. 4.

permettrait de renforcer les interactions entre droit de la régulation et droit de la non-discrimination.

B – La faiblesse de l'effectivité du cadre juridique de la non-discrimination

283. Position du problème – L'essor d'un droit de la régulation relatif à la diversité témoigne de la prise de conscience des limites du recours au droit répressif pour combattre le problème des discriminations. Comme le rappelle J. Chevallier, les discriminations sont d'abord un fait social, indissociable de la logique du fonctionnement social et qui ne peut être éradiqué par la seule force du droit[1547]. Pourtant, la faible effectivité des dispositifs légaux a un impact certain sur la portée du droit de la régulation relatif à la diversité[1548]. La doctrine s'accorde pour reconnaître que le droit de la non-discrimination n'est pas très effectif et ne semble pas toujours avoir de sens[1549]. Une meilleure effectivité du cadre juridique de la non-discrimination rétablirait l'équilibre qui fait actuellement défaut avec les normes traitant de la diversité. Assurément, celles-ci gagneraient en effectivité, en profondeur et en efficacité en étant davantage imbriquées à un corps de règles répressives véritablement effectif. Tel devrait être le sens de l'idée de complémentarité souvent avancée entre diversité et lutte contre les discriminations, entre logique répressive et logique de régulation. Dans ce cas de figure, les organisations auraient tout intérêt à jouer le jeu sérieusement. En l'état du droit positif, la variabilité des domaines protégés, l'insécurité juridique des différenciations autorisées, la fluctuation des listes de critères, leur formulation et leur multiplication sont des facteurs d'incohérences qui favorisent ce déséquilibre et laissent la France « *au milieu du gué* »[1550].

284. La multiplication des critères – La non-discrimination est un concept qui se caractérise par sa dimension holistique. Sa généralité permet d'envisager tous les motifs discriminatoires[1551]. Cependant, si l'ajout de nouveaux critères est justifié par la nécessité de prendre en considération certaines questions de société nouvelles, telles que l'introduction de

---

[1547] J. CHEVALLIER, « Lutte contre les discriminations et État-providence », *HAL*, nº Hal-01723904, 2003, p. 11.
[1548] L BERENI, « La diversité, ruse ou dévoiement de l'égalité ? », *L'Observatoire*, nº 56, 2020, p. 32.
[1549] V. not. M. MERCAT-BRUNS, « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *RDT*, nº 1, 2020, p. 25-41 ; T. GRÜNDLER, J. –M. THOUVENIN, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016.
[1550] F. FAVENNEC-HERY, « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *DS*, nº 1, 2007, p. 3-7.
[1551] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Angers, Thèse de doctorat en droit, Université d'Angers, 2017, p. 44.

l'identité sexuelle devenue ensuite l'identité de genre[1552], les motifs de discrimination ont été multipliés de manière anarchique ces dernières années. Par exemple, la domiciliation bancaire, la perte d'autonomie ou la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français pouvaient déjà être saisies par d'autres motifs tels que l'âge, l'état de santé, l'origine ou encore le lieu de résidence. Or, cette multiplication des critères discriminatoires, parfois avec une perte de sens, n'a pas permis d'appréhender plus facilement les discriminations[1553]. En outre, cet inventaire a déjà commencé à produire des effets de hiérarchisation. Dans une décision portant sur la détermination d'un droit à indemnisation consécutif à la nullité d'un licenciement discriminatoire, la Chambre sociale a distingué les motifs relevant d'une liberté fondamentale consacrée dans le bloc de constitutionnalité des autres[1554]. En jugeant de la sorte, la Cour de cassation a introduit l'idée que certaines discriminations seraient plus intolérables que d'autres, ce qui peut favoriser la hiérarchisation des critères dans les pratiques des acteurs. Pourtant, l'article L. 1132-4 du Code du travail prévoit que la sanction d'un licenciement discriminatoire est la nullité. Il est donc très critiquable qu'elle puisse produire des effets différents en fonction du motif invoqué. Conscient de ce risque, le Conseil de l'Union européenne avait pris soin de rappeler dès 2000 que « *les différentes formes de discrimination ne se classent pas par ordre d'importance et sont toutes également intolérables* »[1555]. L'éparpillement des critères et leur hiérarchisation nuit à l'effectivité du droit de la non-discrimination et obère du même coup le droit de la régulation relatif à la diversité attaché à la prévention de ce phénomène. Il tend à fragmenter le problème en une multitude d'approches qui favorise les entrées sélectives. Alors même qu'un juge vient de reconnaître que les discriminations peuvent faire système[1556], une démarche intégrée globale et systémique serait plus pertinente qu'un traitement par public-cible.

285. La variabilité des régimes procéduraux de la discrimination et l'insécurité du régime des actions positives – Dans le même ordre d'idées, la variabilité des régimes

---

[1552] Art. 4, loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *relative au harcèlement sexuel* ; art. 207, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; art. 70 loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique*.

[1553] Sur ces critiques, v. par ex. A. LEPAGE, « Les motifs discriminatoires : regard du pénaliste », *DS*, n° 4, 2020, p. 298-302 ; D. THARAUD, « Pour une réforme des motifs de discrimination, et peut-être un peu plus… », *RGD*, n° 30226, 2019 ; J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 43 ; G. CALVES, « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *D.*, n° 26, 2016, p. 1500 ; G. CALVES, « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *D.*, n° 12, 2017, p. 653.

[1554] Soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281 : *RDT*, n° 2, 2018, p. 132 note M. MERCAT-BRUNS.

[1555] Préambule al. 5, déc. n° 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination* (2001-2006).

[1556] CPH Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051, *op. cit.*

procéduraux ne suffit pas à assurer l'effectivité du droit de la non-discrimination[1557]. Si la discrimination directe permet de saisir les hypothèses les plus flagrantes de discrimination, déterminées par un ou plusieurs motifs discriminatoires, la vigilance s'est accrue au fil des années à l'égard de ce type de différence de traitement, si bien qu'elles se font plus rares, mais sans doute aussi moins visibles. En revanche, les discriminations indirectes sont beaucoup plus difficiles à détecter tant pour les victimes que pour les juges. Le traitement du problème semble rester largement sous-dimensionné par rapport à l'ampleur du phénomène. Certains auteurs appellent même à développer une vision plus fusionnelle ou à tout le moins interactive des discriminations directes et indirectes[1558]. De ce point de vue, par leur caractère endogène et adaptable, les normes relatives à la diversité semblent particulièrement bien placées pour participer à l'identification et à la prévention des discriminations systémiques, désormais reconnues comme étant une combinaison de discriminations directes et indirectes, d'injonction de discriminer et de harcèlement discriminatoire[1559].

286. Plus largement, M. Peyronnet invite à sécuriser le cadre actuel des actions positives pour inciter les acteurs à adopter ce type de mesures autrement que sur le fondement du sexe, du handicap ou de l'âge. L'encadrement légal des obligations positives libérerait les initiatives des organisations qui se sentiraient plus à l'aise avec la manipulation des motifs de discrimination pour élaborer des mesures d'égalité des chances, alors qu'elles ont été conditionnées à bannir ces critères de leurs pratiques[1560]. Sur ce point, il est clair que le désir des organisations d'agir en faveur de la diversité est conditionné par les incitations formulées dans la loi. Il peut donc s'avérer intéressant d'en tirer parti. Le législateur est intervenu à deux reprises ces dernières années pour disposer que les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques ou en faveur des personnes vulnérables en raison de leur situation économique, et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une

[1557] T. DUMORTIER, « Les discriminations dans la fonction publique : une réponse juridictionnelle limitée », *AJDA*, nº 12, 2017, p. 661-7 ; S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *LRDH*, nº 9, 2016 ; T. GRÜNDLER, J. –M. THOUVENIN, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité […]*, *op. cit.*

[1558] V. par ex. M. MERCAT-BRUNS, « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *op. cit.* ; R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Nanterre, 2020, p. 251-89.

[1559] CPH Paris, 17 décembre 2019, nº 17/10051, *op. cit.* V. ég. CS CANADA, 25 juin 1987, nº 1 R.C.S. 1114, *Action travail des femmes v. Canadian National Railway Co.*, p. 1139.

[1560] Il est renvoyé à la thèse de l'auteure, M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, 2018, spéc. p. 207 et suiv.

discrimination[1561]. Néanmoins, l'absence de contentieux ne permet pas de connaître avec précision l'étendue de cette dérogation ni de savoir ce qu'en feront les juges. Il faut dire que la formulation de ces dispositions qui combinent principe de non-discrimination et principe d'égalité de traitement n'est pas des plus pertinentes[1562]. L'un et l'autre de ces principes sont d'ordre procédural. L'égalité de traitement n'est pas une justification, ni un objectif à atteindre, mais un moyen de réaliser l'égalité. C'est ce que sous-tend la théorie des différences de situation dans la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE, selon laquelle le droit de ne pas subir de discrimination est transgressé lorsque, sans justification objective, l'État n'applique pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes[1563]. En l'espèce, l'utilisation d'un critère prohibé, donc illégitime, pour atteindre l'égalité de traitement, est donc inappropriée dans cette formule qui n'est pas de nature à sécuriser de façon satisfaisante l'action des organisations qui voudraient agir à partir du critère territorial ou économique.

287. Le caractère faiblement dissuasif du contentieux – Enfin, alors que les phénomènes de discrimination dans l'emploi sont nombreux et hétérogènes[1564], ces dernières années le législateur a mis l'accent sur les outils contentieux auxquels les personnes discriminées n'ont que peu recours et dont l'effectivité n'est pas assurée[1565]. Si la saisine du juge, de la HALDE puis du Défenseur des droits a permis de poser les règles et d'introduire le risque contentieux dans l'esprit des acteurs, chaque affaire est un succès individuel qui ne signe pas nécessairement la fin d'une pratique discriminatoire. Elle ne remet pas forcément en cause la dimension structurelle de la discrimination, ni même l'identification et la résolution du problème au bénéfice de tous ceux qui sont dans une telle situation. La majorité des décisions de justice demeure isolée, sans enjeux financiers suffisamment dirimants pour leurs auteurs[1566]. À l'exception de quelques affaires marquantes[1567], les réparations imposées se limitent

---

[1561] Art. 15, II, loi n° 2014-173 du 21 février 2014 *de programmation pour la ville et la cohésion urbaine* ; art. unique loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 *visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale*.
[1562] M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, *op. cit.*, p. 115.
[1563] CEDH, gr. ch., 6 avril 2000, n° 34369/97, *Thlimmenos c. Grèce*, § 44 ; CEDH, gr. ch., 13 novembre 2007, n° 57325/00, *D. H. et autres c. République Tchèque*, § 175 ; CJCE, 17 juillet 1963, n° 13-63, *Italie c. Commission*, § 4, B) ; CJCE, ch., 30 juin 1998, n° C-394/96, *Brown*, § 30-1.
[1564] V. par ex. DDD, CNIL, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, 2020.
[1565] V. sur le contentieux, M. MERCAT-BRUNS, J. PERELMAN (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016 ; V. -A. CHAPPE, *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Cachan, Thèse de doctorat en sociologie, ENS Cachan, 2013.
[1566] DDD, Avis n° 18-20 du 30 août 2018 *relatif au projet de loi n° 1088 relatif à la croissance […]*, *op. cit.*, p. 3.
[1567] En 2018, la condamnation de la SNCF à payer 180 millions d'euros à ses cheminots de nationalité étrangère montre que le contentieux discriminatoire ne doit pas être pris à la légère, même si en l'occurrence, ce montant

principalement à des dommages-intérêts fondés sur la compensation des rémunérations ou à des dommages moraux symboliques, sans véritables effets dissuasifs. À l'inverse, le recours est très lourd et risqué pour la personne discriminée[1568]. Dans le même ordre d'idées, les dispositions récentes relatives à l'action de groupe en matière de discrimination s'avèrent pour l'instant assez décevantes, loin du contentieux significatif attendu[1569]. Le premier tour de piste de cette voie contentieuse n'est pas concluant et ne laisse pas entrevoir de renforcement de l'effectivité du recours[1570]. Le levier contentieux est donc sans aucun doute insuffisamment exploité pour renforcer la portée du droit de la régulation et clarifier son imbrication avec le droit dur. À défaut d'une phase juridictionnelle répressive crédible, la « *prévention règne sans partage* »[1571] en ce domaine. Le risque juridique est aujourd'hui une donnée intégrale du fonctionnement des organisations. L'aggravation de l'indemnisation des victimes de discrimination lors de l'embauche ou du déroulement de la carrière serait un facteur d'effectivité intéressant des normes relatives à la diversité pour renforcer la transformation des comportements sociaux par la force de la dissuasion[1572]. En ce sens, le déplafonnement des indemnités prud'homales prévu par le Code du travail en cas de licenciement abusif pourrait être une piste à exploiter pour renforcer la pression financière sur les entreprises en infraction[1573].

288. En dernière analyse, les obstacles auxquels se heurtent les dispositifs de lutte contre les discriminations ne résultent peut-être pas seulement de leur complexité ou de leurs défaillances internes. Il est probable « *qu'ils proviennent aussi d'une distorsion entre, d'un côté, les cadres*

---

s'explique à la fois par l'ampleur de la discrimination subie et par le nombre de plaignants (plus de 800). V. par ex. DDD, déc. n° MLD-2016-188 du 21 juillet 2016 *relative au traitement différencié de cheminots étrangers, appelés « chibanis », en matière d'évolution de carrière* et CA Paris, ch., 31 janvier 2018, n° 15/11747, *Stés SNCF, Épic SNCF et Épic SNCF Mobilités* : *Dalloz actualités*, 13 février 2018, obs. M. PEYRONNET ; *AJDA*, n° 6, 2019, p. 352-9 com. H. BELRHALI.

[1568] DDD, *Rapport discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 58.

[1569] V. not. M. PEYRONNET, « L'action de groupe "discrimination" a déjà atteint ses limites », *Dalloz actualités*, 11 janvier 2021.

[1570] TJ Paris, 15 décembre 2020, n° 18/04058 : *Dalloz actualités*, 11 janvier 2021, obs. M. PEYRONNET ; *DS*, n° 2, p. 97 note C. RADE. Art. 60 à 92, loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du 21e siècle* auj. not. art. L. 1134-6 à L.1134-10 c. trav.

[1571] D. SABBAGH, « Sous couvert de diversité les entreprises se conforment à des obligations préexistantes », *Observatoire des inégalités*, 11 février 2010.

[1572] Art. L. 1235-3-1, 3° c. trav. Le droit de l'UE préconise des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, mais n'impose pas des dommages-intérêts punitifs. V. art. 17 dir. n° 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* ; art. 15 dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 *relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* ; art. 25 dir. n° 2006/54/CE du PE et du Conseil du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de* travail (refonte).

[1573] Art. L. 1235-3-1, 3° c. trav.

conceptuels et les catégories juridiques mobilisés dans l'ordre juridique français avec lesquels ses juristes – les juges, les administrations comme la doctrine – ont l'habitude de raisonner et, d'un autre côté, des dispositifs parfois nouveaux et essentiellement inspirés des droits internationaux et européens »[1574]. Sous cet angle, le paradigme de la diversité a sans doute contribué à introduire et à acclimater en douceur la non-discrimination dans les esprits et les pratiques des organisations. De ce point de vue, la cohabitation entre un droit de la régulation fondé sur ce modèle et le droit dur de la non-discrimination s'avère intéressante.

§ 2 – Les apports

289. Position du problème – Plan – Malgré le manque de réflexion quant à la traduction de son articulation terminologique et juridique avec la répression des discriminations, la régulation relative à la diversité est un levier de mobilisation. Dans une société marquée par le phénomène discriminatoire, face à une « *loi d'airain du marché* [qui] *produit inéluctablement de la discrimination* »[1575], ces approches volontaires et incitatives sont nécessaires. Le Défenseur des droits le reconnaît ouvertement, « *l'approche contentieuse* […] *est insuffisante pour modifier durablement et structurellement les comportements sur la question des discriminations* »[1576]. Dans son principe, le droit de la régulation est conforme aux préconisations de la HALDE pour qui « *seule une stratégie globale, cohérente et volontariste permet de prévenir les discriminations* »[1577]. Volontairement décidées, les normes portant sur la diversité constituent un volet important de la lutte contre les différences de traitement illégitimes[1578]. Elles facilitent la discussion sur ce problème en invitant ceux à qui elles s'adressent à l'action et à l'innovation. Elles fédèrent pour amorcer le dialogue social et créer un consensus organisationnel en faveur de l'autoajustement des conduites[1579]. Parce qu'elles ne mobilisent pas le même outillage et

---

[1574] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *LRDH*, n° 9, 2016, § 2.
[1575] D. LOCHAK, « Loi du marché et discrimination » *in* D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La découverte, 2003, p. 28.
[1576] DDD, Avis n° 18-20 du 30 août 2018 *relatif au projet de loi n° 1088 relatif à la croissance […]*, *op. cit.*, p. 4.
[1577] HALDE, *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française*, 2009, p. 7.
[1578] L. PECAUT-RIVOLIER, *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, 2013, p. 61.
[1579] B. GAURIAU, « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *DS*, n° 11, 2008, p. 1060-4, § 3 ; E. MARBOT, B. NIVET, « Exemple de pratique de gestion de la diversité à la française : réalité, opportunité et aliénation », *Management international*, vol. n° 17, HS, 2013, p. 56.

qu'elles impliquent des pratiques différentes, elles produisent des effets juridiques intéressants. Pourtant, contrairement aux perspectives stratégiques dressées par la Haute Autorité, ces effets résultent souvent de l'interaction fortuite et multipartite des acteurs, bien plus que de leur action concertée et méthodique. En dépit du caractère quelque peu erratique de cette cohabitation, elle s'est avérée fertile pour diffuser le droit (A), mais aussi le construire (C), ou encore standardiser les pratiques préventives de la discrimination (B).

A – La diffusion du droit dur

290. Consistance – Le droit de la régulation relatif à la diversité a conduit à ancrer le problème des discriminations dans les organisations, un peu à la manière de ce qui s'est passé à la fin des années 1960 aux États-Unis. Outre-Atlantique, ce sont les experts de la gestion du personnel qui ont inventé et mis en place des normes internes pour pallier les incertitudes du cadre juridique de la non-discrimination nouvellement adopté, alors que les mouvements des droits civiques et féministes ne s'intéressaient guère aux modalités pratiques de la lutte contre les discriminations[1580]. Sous cet éclairage, la réappropriation du cadre juridique par les acteurs au début des années 2000 en dehors de toute stratégie coordonnée avec les pouvoirs publics se comprend mieux. Les instruments adoptés à cette époque ont eu pour mérite non négligeable de braquer les projecteurs sur la question des discriminations[1581]. Tel un contre-feu, la démarche a d'abord permis de réaffirmer l'attachement des organisations au droit, dans un cadre antidiscriminatoire renouvelé perçu comme insécurisant et contraignant[1582]. Les discours fondés sur l'intérêt de la diversité, largement inspirés de l'approche nord-américaine, n'ont pas occulté la dimension juridique fondamentale qui prévaut en France[1583]. Ainsi, le droit demeure le premier référentiel d'action rappelé dans les instruments portant sur la diversité.

291. À partir du moment où la non-discrimination est au centre du droit de la régulation relatif à la diversité, elle en constitue une dimension inséparable. Cela adoucit les reproches sur leur antagonisme, mais fait naître aussitôt de nouvelles critiques. En effet, ces dispositifs apparaissent non pas comme des instruments par lesquels les organisations vont aller au-delà

[1580] L. BERENI, « La fabrique entrepreneuriale des politiques antidiscriminatoires » *in* C. MUSSELIN, L. BERENI, D. S. KING et *al*., « Symposium sur *Inventing Equal Opportunity* de Frank Dobbin », *Sociologie du travail*, nº 2, 2011, p. 194-215, § 12.
[1581] P. NDIAYE, *La condition noire*, Paris, Calmann-Lévy, 2008, p. 292.
[1582] H. GARNER-MOYER, *Réflexions autour du concept de diversité. Éclairer pour mieux agir*, AFMD, 2012, p. 44.
[1583] A. HAAS, S. SHIMADA, « (Re) définir la diversité : de la représentativité à la gestion de l'altérité », *Cahier de recherche*, Chaire management et diversité de la Fondation Paris-Dauphine, nº 1, 2010, p. 10.

de la loi, mais comme des instruments de réalisation du droit de la non-discrimination. Il y a évidemment un paradoxe, une hypocrisie entre ce qui est présenté comme des pratiques volontaires des acteurs d'aller plus loin que la loi et qui s'avèrent, le plus souvent, des engagements à l'appliquer[1584]. Cette redondance transparaît nettement à travers la mobilisation des commandements légaux dans les dispositifs traitant de la diversité. Si leur charge normative est à peu près nulle puisque ces dispositions sont déjà obligatoires et sanctionnées, ces réitérations ne sont pas vaines. Cette fonction de rappel est importante. La cohabitation formelle du droit de la non-discrimination au sein de la norme portant sur la diversité contribue à le faire connaître, à rendre ses implications concrètes plus explicites ou encore à favoriser la prévisibilité de son application[1585]. Les normes relatives à la diversité constituent un « *vecteur d'effectivité ampliatif* »[1586] du droit de la non-discrimination, car elles assurent sa diffusion et accompagnent sa mise en œuvre. Elles ont les mêmes attributions qu'un « *code suiveur* » à l'égard d'un « *code pilote* »[1587], au point que ce n'est pas un hasard si la forme et la terminologie de ces actes rappellent celles des règles traditionnelles. En premier lieu, parce que la norme issue de la régulation est proche de son destinataire, celui-ci serait plus enclin à la respecter que les lois qui lui paraissent souvent lointaines. De ce point de vue, « *l'identité de prescription renforce l'impératif juridique en lui conférant un surcroît de légitimité et d'adhésion au sein du corps social* »[1588]. En deuxième lieu, la norme portant sur la diversité a un « *rôle pédagogique* »[1589], une « *fonction phatique* »[1590] qui informe sur le droit positif et favorise sa diffusion sur le terrain. Son accessibilité renforce son appropriation et donc la prévention des risques juridiques[1591]. Ce rôle de « *passeur de droit dur* »[1592] ne se limite pas aux destinataires de premier niveau. En effet, la portée de l'affirmation du respect de la loi n'est pas négligeable

[1584] En ce sens S. LAULOM, « Conclusion : la RSE comme instrument de mise en œuvre du droit » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 201.
[1585] CE, *Le droit souple*, Paris, 2013, p. 97-8.
[1586] C. FERCOT, « *Soft law*, droits de l'homme et effectivité » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 62. V. ég. *supra* § 140 et suiv.
[1587] CE, *Guide de légistique*, Paris, La Documentation française, 3e éd., 2017, p. 113 ; M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit, op. cit.*, p. 325.
[1588] M. COIPEL, « La coutume » *in* I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et *al.*, *Les sources du droit revisitées. Normes internes et infraconstitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 2, 2012, p. 585.
[1589] J. ROCHFELD, « Le PARE ou les virtualités du " contrat pédagogique" », *RDC*, no 2, 2005, p. 257-61.
[1590] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, no 117, 2001, p. 170.
[1591] E. DAOUD, J. FERRARI, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S*, no 39, 2012, p. 13-21.
[1592] S. GERRY-VERNIERES, « *Soft law* et sécurité juridique » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 152.

lorsque ces actes éthiques « *s'inscrivent dans les relations avec les fournisseurs ou les sous-traitants implantés dans des États peu rigoureux en matière sociale et environnementale ou, bien que dotés d'une législation pertinente au regard des standards internationaux, ne disposent pas des moyens matériels et humains permettant d'en garantir l'application* »[1593]. En ce sens, et bien qu'il ne soit pas reconnu parmi les labels de l'Union européenne[1594], le cahier des charges du Label diversité exige de la structure candidate qu'elle effectue une analyse des principaux risques de discrimination dans ses relations avec ses fournisseurs et ses partenaires commerciaux[1595]. Il invite également à communiquer auprès des parties prenantes, à l'instar de la Charte de la diversité ou de certains codes de conduite[1596]. En dernier lieu, les normes relatives à la diversité stigmatisent la violation du droit antidiscriminatoire. La diffusion du droit réaffirme les frontières de ce qui est légitime et de ce qui ne l'est pas et avec elles, les barrières de l'illicite. Tel un avertissement à ceux qui bafouent l'Autre, ils font reculer la tolérance de fait à l'égard d'expressions d'opinion racistes, xénophobes, sexistes, homophobes ou de toute autre atteinte à la dignité humaine dans l'enceinte des organisations[1597]. L'installation de normes traitant de la diversité contribue à policer le langage et parfois à faire évoluer les mentalités. Par suite, le droit de la régulation relatif à la diversité se situe dans une relation de continuité avec la loi.

B – La standardisation de mesures de prévention des discriminations

292. Consistance – Avec le droit de la régulation relatif à la diversité, la lutte contre les discriminations a été institutionnalisée au cœur de démarches préventives axées sur la surveillance des procédures et l'inclusion des personnes. L'engouement suscité pour les bonnes pratiques portant sur la diversité s'explique à l'origine par un besoin réel d'encadrement et de

---

[1593] E. DAOUD, J. FERRARI, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire […] », *op. cit.*, p. 13-21. Dans le même sens, V. REBEYROL, « La compliance : le rôle de la charte éthique » *in* N. BORGA, J. –C. MARIN, J. –C. RODA, *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, 2018, p. 121-4.

[1594] Une étude de l'IGAS a comparé ce label avec le label social européen *Human resources strategy for researchers* et a conclu que ces dispositifs relevaient de stratégies différentes et avaient chacun leur place dans l'offre de labellisation. V. S. KALLENBACH, E. LEROY, *Étude comparative entre le label européen « HRS4R » et les labels nationaux « Égalité professionnelle entre les hommes et les femmes » et « Diversité »*, IGAS, Rapport à la ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, n° 2019-061, 2019.

[1595] AFNOR, « *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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 6, § 1.3.

[1596] *Ibid*., § 6.3 ; Charte de la diversité, 2018, § 4 ; L'OREAL, *Charte éthique. L'éthique au quotidien*, 3e éd., 2014, p. 34.

[1597] V. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015, p. 20.

sécurité juridique dans les organisations. La discrimination renverse la logique déductive de l'application d'un principe à des faits d'où émerge une solution. Le raisonnement est inductif, tiré des faits. « *Fruit d'une confrontation complexe du droit et des faits,* [la discrimination] *invite à l'émergence d'une rationalité juridique moins dogmatique et plus réaliste* »[1598]. La recherche par les acteurs d'une norme opérationnelle pour se prémunir de ce risque explique leur progressive harmonisation. Cet « *effet "harmonisateur"* »[1599] peut s'entendre d'abord comme « *un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques* »[1600]. Le phénomène tient à la circulation des modèles normatifs de la Charte de la diversité en Europe[1601] et dans une moindre mesure, aux velléités de créer un label européen de la diversité[1602]. L'harmonisation consiste ensuite à « *unifier des ensembles législatifs différents par élaboration d'un droit nouveau empruntant aux uns et aux autres* »[1603]. De ce point de vue, l'élaboration de normes traitant de la diversité traduit, en fait, la recherche d'une certaine uniformisation des pratiques. Les acteurs construisent et diffusent un corps de normes de comportement commun sous la forme de principes et de recommandations minimaux applicables au plus grand nombre et tenant, en l'occurrence, à la prévention des discriminations. Ces normes de référence sont parfois transposées dans d'autres dispositifs, comme la labellisation. Elles fournissent des solutions opératoires pour être déclinées *in situ* et conditionnent donc en partie l'efficacité et l'effectivité de la lutte contre les discriminations[1604]. L'idée est d'encourager les organisations à institutionnaliser des processus de résolution des problèmes, de déterminer des standards de comportement applicables à leurs *process* internes. Les remontées de terrain confirment cette standardisation dans les organisations qui ont adopté des normes relatives à la diversité. Le phénomène est manifeste dans les collectivités territoriales qui détiennent le Label diversité. Cependant que les programmes de lutte contre les discriminations étaient jusqu'à alors ciblés vers l'extérieur (communautés locales, ONG, entreprises), la labellisation a conduit à une focalisation sur les processus internes[1605]. Largement informelles, décentralisées et influencées

---

[1598] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 33.
[1599] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 326 et suiv., spéc. 327.
[1600] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 505.
[1601] Il existe une Charte de la diversité sur le modèle entrepreneurial français dans de nombreux pays européens. La liste est disponible sur le site de la Charte de la diversité.
[1602] Sur ce projet, v. par ex. H. GARNER-MOYER, « Quelle est la place du genre dans les accords sur la diversité ? » *in* ASSOCIATION FRANCOPHONE DE GESTION DES RESSOURCES HUMAINES, *Genre et Diversité en Gestion*, Paris, Colloque de l'AFRH, 15 janvier 2009, p. 10 ; Y. SABEG, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport au Président de la République, 2009, p. 59.
[1603] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 505.
[1604] P. –H. ANTONMATTEI, « Liberté, égalité, diversité et relations de travail », *DS*, no 11, 2008, p. 1031.
[1605] L. BERENI, R. EPSTEIN, M. TORRES, « Colour-blind diversity : how the "Diversity Label" reshaped antidiscrimination policies in three French local governments », *Ethnic and Racial Studies*, no 43, 2020, p.1942-

par le patronage politique, les mesures de non-discrimination ont été formalisées et rapatriées dans l'organisation, tandis que l'emprise de la gestion des ressources humaines s'est accrue[1606]. Ainsi, le Label atteste d'« *une normalisation professionnelle et une standardisation des discours, des programmes et des plans d'action diversité* »[1607].

C – La construction du droit

293. Consistance – L'une des implications les plus remarquables que tire F. Dobbin de l'histoire des politiques antidiscriminatoires sur le marché du travail américain est la manière dont l'action des experts de la gestion du personnel a façonné le droit. Dans l'Amérique des années 1970, ces professionnels « *ne se sont pas contentés d'interpréter le droit, mais ont contribué, par un effet rétroactif* […] *à faire le droit* »[1608]. Plusieurs aspects des politiques qu'ils ont mises en place dans les entreprises ont été singulièrement consacrés *a posteriori* par le législateur, l'administration ou le juge selon un phénomène d'endogénéisation du droit[1609]. Par exemple, les tribunaux ont été amenés à reconnaître les formations du personnel contre la discrimination ou les procédures disciplinaires internes instaurées à l'initiative des acteurs entrepreneuriaux comme de bonnes pratiques attestant de la bonne foi des employeurs[1610]. De la même façon, des dispositifs instaurés dans les grandes entreprises ont été ensuite consacrés dans des lois telles que le *Pregnancy Discrimination Act* de 1978 ou le *Parental Leave Act* de 1993[1611]. Plus récemment, la Convention de l'OIT sur la violence et le harcèlement dans le monde du travail impose aux États membres d'adopter une législation prescrivant aux employeurs de prendre des mesures appropriées pour prévenir ces phénomènes. Ces mesures consistent notamment en un état des lieux des risques ou à des dispositifs de formation[1612].

294. Certes minoritaires, les organisations qui surpassent leurs obligations légales à la faveur de normes relatives à la diversité existent aussi en France. Et comme en Amérique du Nord, il arrive que le législateur ou le juge prenne en compte *a posteriori* le contenu de ces dispositifs.

---

60 ; A. FLAMANT, « L'incomplète construction des politiques municipales de lutte contre les discriminations raciales. Enquête dans les villes de Lyon, Nantes et Strasbourg (2001-2012) », *RIPC*, nº 3, 2017, p. 269.

[1606] L. BERENI, R. EPSTEIN, M. TORRES, « Colour-blind diversity […] », *op. cit.*, p. 1942-60.

[1607] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité comme processus de légitimation organisationnelle. Cadrage théorique et exemples empiriques », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, nº 1, 2017, p. 226.

[1608] L. BERENI, « La fabrique entrepreneuriale des politiques antidiscriminatoires », *op. cit.*, § 14.

[1609] V. *infra* § 342.

[1610] L. BERENI, « La fabrique entrepreneuriale des politiques antidiscriminatoires », *op. cit.*, § 14.

[1611] *Ibid.*

[1612] Art. 9 Conv. de l'OIT nº 190 *concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail*, 21 juin 2019 (non ratifiée par la France au 31 décembre 2021).

Dans ce cas de figure, le Conseil d'État a souligné l'intérêt du droit souple pour répondre aux enjeux sociétaux contemporains et ainsi préparer le recours au droit dur[1613]. L'accès au congé homoparental, par exemple, en tant qu'il est susceptible de prévenir la discrimination à raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou de la situation de famille, a été acquis dans certaines entreprises avant que la loi ne consacre le congé second parent[1614]. La tendance de ces dernières années est à la mise en place d'un congé rallongé pour le second parent après une naissance, alors que le Code du travail a longtemps proposé 11 jours, 25 seulement depuis le 1er juillet 2021[1615]. Dans le même ordre d'idées, alors que de nombreux instruments prévoient des mesures de formation et de sensibilisation à la non-discrimination et à la lutte contre les stéréotypes et les préjugés, le principe des formations a été étendu par les autorités dans certaines entreprises et administrations[1616]. Pour instaurer un *reporting* sur la promotion des diversités, le législateur s'est inspirée des pratiques d'entreprises, qui, conformément au point 6 de la Charte de la diversité dans la version de l'époque, publiaient déjà ces informations[1617]. Plus récemment, ce sont les dispositifs de signalement de discrimination, démocratisés par le Label diversité, qui ont été généralisés dans certaines entreprises et dans la fonction publique[1618]. La création d'un référent « égalité » au sein des administrations et au sein du comité social économique dans les entreprises concrétise une proposition du rapport Sciberras qui s'inspirait de la fonction diversité déployée depuis de manière volontaire par les

[1613] CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 95.
[1614] Art. L. 1225-35 c. trav. loi nº 2012-1404 du 17 décembre 2012 *de financement de la sécurité sociale pour 2013*. V. par ex. A. EYCHENNE, « Homoparentalité: les entreprises en avance sur la loi », *L'Express*, 11 juillet 2012.
[1615] Art. 3.5.3 ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019 ; art. 73, loi nº 2020-1576 du 14 décembre 2020 *de financement de la sécurité sociale pour 2021*.
[1616] Art. L. 1131-2 c. trav. ; circ. nº NOR : RDFF1423791C du 1er octobre 2014 *relative aux priorités interministérielles fixées à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de l'État*, p. 3 et 8 ; circ. nº NOR: RDFF1630682C du 17 octobre 2016 *relative aux priorités interministérielles fixées à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de l'État* ; DDD, DGAFP, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, 2015, p. 26-9 ; circ. nº NOR : RDFF1710873C du 3 avril 2017 *relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique*, p. 5-6.
[1617] V. *supra* § 230.
[1618] Relativement aux atteintes aux droits humains et aux libertés fondamentales, art. 1er loi nº 2017-399 du 27 mars 2017 *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* ; art. 80, I, 1º et II loi nº 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* ; décr. nº 2020-256 du 13 mars 2020 *relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique*.

employeurs[1619]. Ces pratiques inspirent d'autres propositions qui n'ont pas encore trouvé à être concrétisées par une loi à ce jour[1620].

295. L'interprétation du droit par le juge ? – La participation des normes volontaires à la construction du droit par l'intermédiaire du juge semble plus timide en comparaison des États-Unis. S'il n'est pas rare qu'une organisation défenderesse se prévale de ses engagements en faveur de la diversité au contentieux, il est difficile de savoir dans quelle mesure les éléments versés au dossier influencent le juge[1621]. Le constat vaut eu égard à la rareté du contentieux, mais aussi à l'opacité des considérations qui guident le juge. En effet, lorsqu'une norme relative à la diversité est prise en compte pour apprécier un comportement discriminatoire, produit-elle « *directement un effet* […] *en ce que c'est bien le comportement qu'elle indique qui va être sanctionné, ou cet effet n'est-il qu'indirect, car tout entier dépendant du standard légal interdisant le comportement fautif ?* »[1622]. En l'absence de précision, le raisonnement du juge reste généralement en suspens. L'effet de l'acte se réduit alors à l'interprétation, « *c'est-à-dire qu'il sert à l'utilisation du standard* […] *; le juge y recourt pour l'application d'une autre norme* »[1623]. Sans aller jusqu'à qualifier le paradigme de la diversité de standard de conformité juridictionnelle, il arrive qu'un instrument traitant de la diversité soit apprécié au contentieux pour forger la conviction des magistrats. Dans une affaire de discrimination en raison du sexe par exemple, le juge constate que la plaignante « *n'établit la matérialité d'aucun élément de fait précis et concordant laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte dont elle serait victime* » et ajoute que « *même à supposer établie que* [celle-ci] *satisfasse à son obligation de preuve, la société Casino Services verse notamment aux débats* […] *une photographie écran du site "zonebourse" sur lequel il est mentionné que le groupe Casino est titulaire depuis 2009 du label diversité décerné par l'AFNOR aux entreprises mettant en place*

[1619] Art. 105 loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel* auj. art. L. 2314-1 *in fine* c. trav. ; circ. n° NOR: CPAF1928443C du 30 novembre 2019 *relative à la mise en place de référents Égalité au sein de l'État et de ses établissements publics* ; J. –C. SCIBERRAS, P. BARBEZIEUX, *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social et au ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, 2015, p. 19-20.

[1620] V. not. DDD, Avis n° 16-15 du 1er juin 2016 *sur le projet de loi égalité et citoyenneté*, p. 18 ; DDD, Avis n° 18-20 du 30 août 2018 *relatif au projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises*.

[1621] V. par ex. CA Versailles, 8 novembre 2011, n° 10/04554 ; CA Paris, 22 septembre 2016, n° 14/07337 ; CA Paris, 30 mars 2017, n° 15/09015.

[1622] P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets » *in* CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 254.

[1623] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016, p. 325.

une démarche globale et structurée de lutte contre les discriminations »[1624]. Dans l'hypothèse où la plaignante aurait présenté des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, est-ce à dire que la détention du Label aurait pu, aux yeux du juge, constituer une présomption favorable de non-discrimination pour l'employeur ? Il est impossible de le savoir. À l'occasion d'une autre affaire, le juge écarte la qualification de harcèlement discriminatoire, retenant que « *l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de sécurité s'agissant d'un fait dont il n'a pu empêcher le risque alors même qu'il justifie avoir pris des mesures de prévention nécessaires notamment en matière de harcèlement* [mise en place d'une commission "diversité"] *et qu'il a depuis signé la Charte de la diversité* »[1625]. Dans un autre contentieux de harcèlement, la Cour d'appel énonce que le plaignant « *ne produit aucune pièce médicale venant établir une atteinte à sa santé en relation avec la présence de* [l'] *inscription* [d'une] *croix gammée sur son vestiaire, sera débouté de sa demande d'indemnisation* »[1626] et ajoute : « *de plus, 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* »[1627]. Cette incidente semble confirmer que la mise en place d'un dispositif sur la diversité est un gage de bonne foi pour le juge. Néanmoins, en s'abstenant de valider avec précision les bonnes pratiques mises en place par les organisations dans ces litiges, celui-ci limite la portée de sa décision à une appréciation très générale. Seule une Cour d'appel a explicitement indiqué que la signature de la Charte de la diversité et la mise en place d'une structure dédiée à ce sujet « *entraînent nécessairement une présomption favorable à l'employeur dans le domaine de la lutte contre la discrimination* [mais elles] *sont insuffisantes à le mettre à l'abri, a priori, de tout reproche à cet égard* »[1628].

296. Cependant, si l'existence d'un engagement éthique peut jouer en la faveur du défendeur, l'inverse est sans doute vrai. Il n'apparaît pas déraisonnable d'imaginer que les juges seront plus sensibles aux différences de traitement injustifiées si l'employeur a formalisé un engagement relatif à la diversité. Il n'est donc pas exclu que ce type de jurisprudence s'affine à l'instar de l'office du juge dans d'autres domaines. En ce sens, il y a quelques années, la Cour

[1624] CA Lyon, 13 décembre 2013, nº 13/01545, *D. c. SAS Casino services*.
[1625] CA Paris, 3 mars 2020, nº 19/03159.
[1626] CA Douai, 31 mai 2017, nº 1271/17.
[1627] *Ibid.*
[1628] CA Paris, 3 décembre 2009, nº 07/04887.

d'appel de Paris a apprécié certaines pratiques actionnariales par rapport à un modèle normal de comportement défini par le droit souple[1629]. Finalement, ces décisions rappellent que « *pour une norme, réussir à établir la situation alléguée ou à démontrer l'illicéité d'un comportement n'est pas le moindre des succès* »[1630]. Reste à espérer que la prise en compte de ces normes ne se fasse pas au détriment de l'application du droit de la non-discrimination, autrement dit au bénéfice exclusif des mis en cause. Cette observation conduit à s'intéresser de plus près à la responsabilité générée par le droit de la régulation relatif à la diversité.

[1629] CA Paris, 19 décembre 2013, n° 12/22644, *A. de C. c. SA Wendel* : la « *société cotée ne peut ignorer ces pratiques actionnariales qui sont aujourd'hui "normales"* ».
[1630] P. DEUMIER, « La soft law devant le juge : une figure à géométrie variable » *in* P. –H. ANTONMATTEI, B. BREHIER, D. GUTMANN et *al.* (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p 379.

SECTION 2 – RESPONSABILITE SOCIALE ET RESPONSABILITE JURIDIQUE

297. Position du problème – Il importe que les acteurs organisationnels soient responsables des normes relatives à la diversité qu'ils adoptent. L'un des grands principes politiques modernes est de considérer que la responsabilité est le corollaire du pouvoir. Son application au cas d'espèce donne à voir le pouvoir dont disposent les opérateurs de la diversité. En effet, le « *contrôle de* [l'organisation] *par elle-même, aussi bien que des acteurs qui l'entourent témoignerait d'une forme de pouvoir qui produit et incite des comportements, plutôt qu'il ne les contraint et les réprime* »[1631]. Or, « *c'est parce qu'elle a des pouvoirs sur autrui* [qu'elle] *a une responsabilité envers autrui* »[1632]. Par conséquent, elle doit prévenir les effets de ses pratiques qui pourraient être à l'origine d'un dommage ou en répondre le cas échéant. L'organisation doit assumer les externalités négatives dont elle peut être l'auteure. À défaut, l'exercice d'un pouvoir sans responsabilité corolaire serait sans borne, arbitraire et donc dangereux[1633]. Une fois ces implications soulignées, il apparaît que le problème recouvre en réalité plusieurs dimensions. Comme le remarquait déjà P. Ricœur il y a plusieurs dizaines d'années, les usages de la notion de responsabilité ont évolué. Traditionnellement, la responsabilité renvoie à l'obligation de réparer un dommage. Cette acception juridique cohabite désormais avec un autre type de responsabilité qui correspond davantage à l'obligation de remplir certains devoirs, d'assumer certaines charges, de tenir certains engagements. Par conséquent, la responsabilité est devenue « *une obligation de faire qui excède le cadre de la réparation et de la punition* »[1634]. Cette responsabilité caractérise aujourd'hui la régulation de leur comportement par les acteurs qui, en promouvant la diversité, s'engagent vis-à-vis de la société dans son ensemble (§ 1). Cette responsabilité a toutefois une portée limitée, car les opérateurs de la diversité ne sont pas toujours très prompts à respecter les normes de conduite qu'ils se sont eux-mêmes fixées. La responsabilité juridique pourra alors suppléer les carences de la responsabilité sociale (§ 2).

[1631] T. BERNS, « Si les entreprises ont une âme » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 74.
[1632] E. MAZUYER, « La RSE : identification et régulation d'un phénomène complexe » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 17.
[1633] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016, p. 516.
[1634] P. RICŒUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, n° 206, 1994, p. 29-30.

§ 1 – Une responsabilité sociale affirmée

298. Position du problème – Plan – « *Conduite responsable des affaires – Tous responsables* »[1635]. La mention figure en entête du code de conduite du groupe Sodexo, au sein duquel l'entreprise « *s'engage à lutter contre toute discrimination en matière d'emploi, et à promouvoir la diversité et l'inclusion* »[1636]. C'est donc au nom de leur responsabilité que les acteurs se saisissent du problème de la diversité. Cette responsabilité est dite sociale, car elle renvoie à l'ensemble des relations de nature sociologique qui lient une organisation à son environnement. L'idée figure au cœur de l'acronyme originel de la RSE, *Corporate Social Responsability*. Ici, le terme *responsability* se rapporte à la dimension morale de la responsabilité bien plus qu'à sa composante juridique qui correspondrait davantage au mot « *liability* »[1637]. *Responsability* correspond à l'étymologie latine du mot responsabilité, *responsere*, qui signifie « *"se porter garant"* »[1638]. Est responsable « *celui qui réfléchit, qui pèse les conséquences de ses actes, qui se conduit en personne raisonnable* »[1639]. Dans cette acception, la responsabilité est d'abord un comportement imposé à soi-même pour soi et pour autrui. Selon la formule éloquente d'un ancien président de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité, un organisme privé de promotion de l'autorégulation, il n'y a pas de « *meilleur moyen de se sentir responsable qu'en étant* […] *appelé à définir soi-même le meilleur comportement dans son activité* »[1640]. La responsabilité sociale a donc le sens d'un engagement, elle implique des devoirs. À ce égard, le « *mérite de la "charte de la diversité"* [et des dispositifs postérieurs] *est aujourd'hui d'inciter les* [organisations] *à ne plus subir cette responsabilité, mais au contraire à l'assumer en reconnaissant, de façon implicite, qu'elle ne consiste plus seulement à échapper aux mailles trop larges du filet, mais à se placer en position d'acteurs des changements indispensables* »[1641]. Cette responsabilité trouve sa source dans un rapport particulier à la société (A), à partir duquel elle va pouvoir produire ses effets (B).

[1635] SODEXO, *Code de conduite. Principes d'intégrité*, 2019.
[1636] *Ibid*., p. 10.
[1637] E. MAZUYER, « La RSE : identification et régulation d'un phénomène complexe », *op. cit.*, p. 17.
[1638] *Ibid*.
[1639] *Ibid*.
[1640] J. –P. TEYSSIER, *La régulation professionnelle : des règles non-étatiques pour mieux responsabiliser*, Paris, Fondapol, 2011, p. 9.
[1641] R. FAUROUX, *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Rapport au ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, p. 14.

A – Les sources de la responsabilité sociale

299. Position du problème – À la différence de la responsabilité juridique dont les fondements sont consacrés dans des sources de droit, la responsabilité sociale trouve ses sources dans des considérations gestionnaires et sociales, voire philosophiques. Ces assises sont multiples et il n'est pas question ici de toutes les envisager. Dans cette perspective, la distinction entre une responsabilité « *subie* » et « *choisie* » offre un bon aperçu de la substance de la responsabilité sociale[1642].

300. La responsabilité imposée par le risque juridique – Le premier cas de figure est sans doute le plus évident pour le juriste. Ici, la responsabilité sociale résulte de la volonté des acteurs de se conformer au droit, en l'occurrence à l'obligation de ne pas discriminer. Cette injonction impulse toutes les actions de prévention que les organisations instaurent pour se conformer à la législation, qu'il s'agisse de respecter des normes impératives ou plus souples, comme avec la corégulation. Cette démarche ne tient pas qu'à une démonstration de civisme. Le moteur principal de la responsabilisation des acteurs est la volonté de minimiser la perspective d'une sanction juridique. Dans la lignée des travaux de G. Becker, cette responsabilité est le fruit d'un arbitrage entre d'un côté les coûts internes à supporter pour se conformer aux règles et de l'autre, les coûts directs induits par la sanction de ne pas les avoir respectées, mais aussi tous les coûts indirects associés comme la détérioration de son image auprès de ses parties prenantes[1643].

301. La responsabilité délibérément assumée pour aller au-devant du risque – Toutefois, si la responsabilité sociale peut-être subie, elle peut aussi être choisie. Dans ce cas de figure, la logique change du tout au tout. La responsabilité sociale consiste non plus en une décision prise sous une contrainte exogène de nature juridique, mais en un choix délibéré de l'organisation. En agissant ainsi, cette dernière cherche à anticiper une situation future résultant de l'état du marché, de la société ou du droit, pour prévenir les externalités négatives générées par ses activités. Plutôt que de supporter le risque d'assumer une responsabilité pour une infraction ou une négligence, l'organisation décide d'agir dans le sens de l'intérêt général. Pour ce faire, elle prend les devants en responsabilisant ses pratiques, ici de gestion de la diversité[1644]. Dans cette

[1642] L. BENZONI, B. DEFFAINS, « Approche économique des outils de la compliance finalité, mesure, effectivité de la compliance subie et choisie » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 39-49.
[1643] *Ibid*., p. 40.
[1644] *Ibid*., p. 41.

configuration, la responsabilité trouve sa source dans le pouvoir social et économique qu'elle détient sur la société. Parce qu'elle est actrice de son environnement, ses décisions et son comportement ont une portée qui l'engage[1645]. La conscience des effets néfastes de son action et de leurs répercussions, mais aussi des effets vertueux d'une implication proactive, semble donc être le moteur de son engagement[1646]. Ainsi, la Charte du service public pour la promotion de la diversité (ré)affirme que les « *discriminations* […] *sont contraires à la législation et incompatibles avec l'éthique professionnelle du service public de l'emploi et des entreprises de travail temporaire* »[1647]. Un accord collectif conclu par une composante du groupe Veolia assure « *que la diversité des équipes est facteur de dynamisme social et économique de par la nature même des activités de service exercées par les sociétés de l'UES et des relations qu'elles entretiennent avec les collectivités et les populations desservies, mais aussi avec les clients industriels* »[1648]. Cette idée que les organisations auraient une responsabilité particulière en raison des répercussions de leurs activités sur le reste de la société innerve également les structures publiques. La responsabilité « *dans le sens de devoir rendre des comptes (being accountable) par rapport aux ressources confiées et objectifs assignés* [est étendue à] *une action publique qui serait en elle-même responsable, car se rapportant au pouvoir d'agir directement ou indirectement sur le réel, au nom de l'intérêt général et à travers des politiques publiques et services publics* »[1649]. Plutôt que de s'abriter derrière l'impartialité théorique des procédés de recrutement dans l'emploi public, notamment des concours, l'administration choisit d'aller au-devant des externalités négatives attachées à sa composition sociodémographique. Les enjeux au regard de la diversité sont multiples, tant en termes d'égalité de traitement des agents publics et d'accès aux emplois publics que d'attractivité des administrations publiques, de performance et de qualité du service rendu aux usagers. Le paradigme de la diversité désigne alors le modèle d'exemplarité que veut incarner

---

[1645] A. BARTOLI, « Introduction », *RFAP*, n° 166, 2018, p. 241.

[1646] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises »*, n° COM/2001/0366 final, 2001, § 1 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission européenne au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, 2011*, n° COM (2011) 681 final, § 3.1, p. 7. V. par ex. ADECCO, *Accord-cadre contre les discriminations*, 20 avril 2007, p. 1.

[1647] Al. 3, préambule, Charte du service public de l'emploi contre les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité, 18 novembre 2005.

[1648] Art. 1-1, VEOLIA EAU, *Accord sur la diversité et la prévention des discriminations au sien de l'UES Veolia Eau-Générale des eaux*, 29 juin 2011.

[1649] F. LARAT, A. BARTOLI, « L'action publique responsable : tautologie ou problématique émergente ? », *RFAP*, n° 166, 2018, p. 255.

l'administration en réponse à une demande sociale forte[1650]. En 2021, le Premier ministre déclare ainsi souhaiter renforcer « *"les valeurs et principes qui sont au cœur de notre modèle* […] *: le sens de l'intérêt général, la neutralité, l'excellence du recrutement reposant sur un système de sélection méritocratique", en rendant la haute fonction publique "plus diverse, plus unie, mieux formée tout au long de sa carrière, plus efficace et donc plus attractive"* »[1651]. Ce faisant, la responsabilité politique de la personne publique glisse vers une responsabilité sociale, endossée officiellement depuis la circulaire du Premier ministre du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État[1652].

302. La responsabilité assumée comme un contre-don – Dans une perspective maussienne, certains auteurs ont aussi envisagé que cette responsabilité puisse être choisie sous la forme d'un don, ou plutôt d'un contre-don créateur de dettes mutuelles[1653]. Dans ce cadre, l'organisation est redevable à la cité et à ses institutions, qui, par la garantie des droits et libertés fondamentaux et le fonctionnement démocratique du pouvoir, lui assurent les conditions de son existence ainsi que la permanence et la viabilité de ses activités. Le contre-don est la réponse à tout ce à quoi elle est redevable[1654]. L'organisation contribue au développement social par son mécénat, sa philanthropie, mais aussi par ses mesures sociales, telles que sa politique de diversité. En faisant la transparence sur ses activités, notamment ses actions visant à promouvoir les diversités, elle améliore également le caractère démocratique de la société[1655].

[1650] G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de "immigration ?*, Rapport à la DGAFP, 2005, p. 36 ; HALDE, *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française*, 2009, p. 18 ; FRANCE STRATEGIE, *Quelle France dans dix ans ? Les chantiers de la décennie*, 2014, p. 111 ; O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier Ministre, 2017, p. 5-9.

[1651] J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut national du service public*, Rapport au Premier ministre, 2021, p. 7. V. ég. J. BASSERES, *Préfiguration de la Délégation interministérielle à l'encadrement supérieur de l'État*, Rapport au Premier ministre, 2021, p. 10 et 28.

[1652] Circ. nº PRMX0900026C du 3 décembre 2008 *relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics*.

[1653] M. CAPRON, « Le concept de redevabilité au cœur de la relation entreprises-société », Saint-Etienne, Colloque du réseau International de Recherche sur les Organisations et le Développement durable, 6 au 8 juillet 2016.

[1654] M. G. BRUNA, N. MONTARGOT, J. –M. PERETTI, « Point de vue : les nouveaux chantiers du management de la diversité. Quelques pistes de réflexion et de recherche », *Gestion 2000*, nº 5-6, 2017, p. 449.

[1655] *Ibid*., p. 449.

B – Les effets de la responsabilité sociale

303. Une « *modalité de l'action* »[1656] – Quelles que soient ses sources, la responsabilité sociale a pour effet d'imposer à l'organisation de prendre en compte le bien commun et les intérêts de ses parties prenantes[1657]. En cela, elle diffère donc de la responsabilité juridique. En effet, il n'est plus question de réparer *a posteriori* les conséquences dommageables de leurs actions ou de leurs abstentions, mais de maîtriser *ex ante* l'impact de leurs activités sur la société pour le présent, pour le lointain et pour demain[1658]. Le nouvel article 1833 du Code civil subsume cette temporalité en disposant que « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »[1659]. La politique de gestion de la diversité vise à répondre à ces enjeux, de façon à ce qu'aucun dommage n'en résulte pour son personnel ou pour autrui. Par conséquent, l'effort ne pèse plus exclusivement sur les personnes discriminées obligées de saisir le juge pour voir leurs droits respectés, mais aussi sur les auteurs potentiels de discrimination. À cette fin, l'organisation s'astreint à rechercher le respect par elle-même et par autrui du droit de la non-discrimination. Mais la responsabilité sociale implique aussi, le cas échéant, d'aller au-delà des prescriptions légales[1660]. L'idée trouve à se concrétiser dans les dispositifs compensatoires axés sur l'égalité des chances, dès lors que ce type de mesures vise à favoriser l'inclusion au-delà de la seule conformité à la législation antidiscriminatoire[1661].

304. Une modalité de la transparence – La responsabilité implique aussi pour celui qui en est investie l'obligation de rendre compte de ses actes et de ses résultats. Aujourd'hui, les enquêtes d'opinion révèlent les attentes de la société sur le comportement des organisations à l'égard de la composante sociale de leurs activités[1662]. Pris à leur propre jeu, les acteurs sont interrogés au nom de leur responsabilité envers leurs parties prenantes, et plus largement, à l'égard de la société. C'est ce que traduit la notion d'*accountability*. Suivant ce principe, en tant

---

[1656] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La Découverte, 2016, p. 21.
[1657] *Ibid*., p. 22 et spéc. 32-43.
[1658] M. –A. FRISON-ROCHE, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance », *D.*, n° 44, 2012, p. 2432-4.
[1659] Art. 169, loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 *relative à la croissance et la transformation des entreprises* ; I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le code civil », *DS*, n° 1, 2019, p. 47-56.
[1660] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert « Promouvoir un cadre européen […], op. cit.*, § 3 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission européenne au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Responsabilité sociale des entreprises […], op. cit.*, § 1, p. 4.
[1661] V. *infra* § 413.
[1662] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 9.

que personne morale, un organisme est tenu par une obligation de rendre compte à ses parties prenantes, à la cité et à ses institutions. Cette exigence fonde les obligations juridiques de transparence en matière sociale sur la diversité, mais aussi désormais de vigilance[1663]. L'idée figure dans les lignes directrices de la GRI en matière de *reporting* qui indiquent que « *la transparence est le principe suprême au cœur de la responsabilité* »[1664].

305. L'ISO 26000 retient une approche de la RSO qui synthétise l'ensemble de ces implications. La responsabilité sociale y est définie comme la « *responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement transparent et éthique qui : contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société ; prend en compte les attentes des parties prenantes ; respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les normes internationales de comportement ; est intégré dans l'organisation et mis en œuvre dans ses relations* »[1665].

306. Limites des effets de la responsabilité sociale – Compte tenu de ce qui précède, le problème se pose de l'encadrement des comportements déviants aux normes relatives à la diversité auxquelles une organisation dit se soumettre. L'émetteur d'un tel engagement est-il lié par l'acte qu'il a adopté ? Est-il possible de prendre des engagements qui n'engagent pas ? Sur un plan moral, sa responsabilité est opérante. À l'intérieur de sa sphère d'influence, le destinataire de la norme s'expose à la rétorsion de ses parties prenantes. La sanction du droit n'est pas toujours la plus redoutable en considération de la réaction des *stakeholders*, qui peut être plus dissuasive encore pour une organisation[1666]. À tout prendre, « *le pouvoir qu'elle assume et la responsabilité à laquelle elle s'assujettit sciemment ne sont que les manifestations de la figure de raison qu'elle incarne* »[1667]. T. Berns insiste sur la singularité de cette responsabilité sociale qui justifie qu'il y ait « *un autre tribunal que celui auquel le droit nous habitue, à savoir le tribunal de la réputation ou de l'opinion commune* »[1668]. Pourtant, la dimension morale de cette responsabilité est critiquée. Il est reproché à la régulation portant sur

---

[1663] M. G. BRUNA, N. MONTARGOT, J. –M. PERETTI, « Point de vue : les nouveaux chantiers du management de la diversité. Quelques pistes de réflexion et de recherche », *Gestion 2000*, n° 5-6, 2017, p. 448.
[1664] J. IGALENS, « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, n° 5, 2004, p. 162.
[1665] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 21.
[1666] V. aussi *supra* § 144 et suiv.
[1667] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 521.
[1668] T. BERNS, « Si les entreprises ont une âme » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 74.

la diversité de ne générer qu'une responsabilité d'affichage, devant laquelle les pouvoirs publics seraient passifs, voire complices. Or, un comportement contraire à ce qui est attendu d'un acteur organisationnel peut réduire les instruments portant sur la diversité à un effet de vitrine ou de *diversity washing*. Les organisations peuvent alors apparaître responsables, sans modifier réellement leurs pratiques. C'est pourquoi certains considèrent que les engagements des opérateurs de la diversité devraient déboucher sur de vraies responsabilités[1669]. La responsabilité sociale est alors susceptible de cohabiter avec une responsabilité juridique.

§ 2 – Une responsabilité juridique incertaine

307. Position du problème – Plan – Les normes relatives à la diversité posent de multiples questions de responsabilité. La multiplication des foyers autonomes de production normative, inhérente à l'autodétermination des conduites, pose une question de sécurité juridique. Le Conseil d'État l'a définie comme une exigence de prévisibilité, de clarté et d'accessibilité de la norme et de stabilité des situations juridiques[1670]. Cette profusion entraine avec elle la dilution des responsabilités qui est une source d'insécurité et d'imprévisibilité, en raison des pouvoirs accrus conférés au juge[1671]. Les auteurs et destinataires de ces documents volontaires peuvent aussi ne pas avoir conscience de s'engager. Il se peut également qu'ils imaginent être protégés par l'adoption d'un système de gestion standardisé. Or, le respect de normes techniques non obligatoires n'est pas exonératoire de responsabilité[1672]. Dans cette équation, l'enjeu de la responsabilité concerne surtout la réponse juridique apportée aux comportements déviants (A). La responsabilité de l'émetteur d'un acte traitant de la diversité pourra être engagée devant le juge si ce document viole la loi[1673], et de manière plus incertaine si son auteur ne respecte pas ses propres engagements. La sanction de tels manquements est susceptible d'emprunter un certain nombre de cas d'ouverture (B).

[1669] V. par ex. J. –P. ROBE, « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, n° 4, 2009, p. 177.
[1670] CE, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, 2006, p. 229.
[1671] C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, n° 4, 2003, p. 599-628.
[1672] Civ. 2, 8 juin 1994, n° 92-19546 ; Civ. 3, 11 mai 2006, n° 04-18.092, *Sté Sofranor c. Sté Dumez EPS et a.* Mais leur ignorance ne fait pas non plus présumer de manière irréfragable une faute, dès lors qu'elles sont non obligatoires. V. Civ. 3, 4 octobre 1989, n° 88-11.559, *M. Romani c. M. Pieri et autre*.
[1673] V. par ex. Soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191 : *D.*, n° 9, 2010, p. 548 note I. DESBARATS ; *RDT*, n° 3, 2010, p. 171, obs. R. de QUENAUDON ; *SSL*, n° 1425, 2010, note B. ALDIGE ; *SSL*, n° 1459, 2010, p. 109, note I. MEYRAT ; CA Versailles, 18 mars 2003, n° 2002-046.

A – Le cadre de la sanction des comportements déviants à la norme relative à la diversité

308. L'enjeu de la responsabilité juridique – Au sens juridique, la responsabilité est l'« *obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences* »[1674]. La recherche d'une telle responsabilité répond aux doutes sur l'efficacité et la pertinence de la responsabilité sociale[1675]. Certes, les normes traitant de la diversité étant volontairement adoptées, il serait logique de penser qu'elles sont toujours spontanément appliquées. Néanmoins, ce n'est pas toujours le cas. Cette hypothèse interroge la sanction d'un comportement censé être socialement responsable qui s'avère en réalité non vertueux. La question concerne surtout les « *"fausses promesses"* [des organisations], *à savoir des engagements pris par elles, souvent à titre publicitaire, et qu'elles ne veulent cependant plus assumer lorsque les choses ont mal tourné, c'est-à-dire lorsque des dommages sont survenus* »[1676]. Les auteurs de ces démarches refusent de leur donner une quelconque portée juridique. Les entreprises, les administrations, les écoles communiquent, signent des conventions, des chartes, obtiennent des labels, dressent des rapports sociaux sur leurs actions en faveur de la diversité, mais ne veulent pas être tenues responsables de leurs engagements. Une illustration typique de cette hypocrisie figurait sur le site internet du ministère délégué à la promotion de l'égalité des chances en mai 2007. Celui-ci indiquait que « *la charte* [de la diversité] *a une valeur morale. Elle n'est en aucun cas un contrat ayant une quelconque valeur juridique* »[1677]. Pourtant, ses signataires expriment explicitement leur volonté de s'engager dans ce texte : « *par la signature de la Charte de la Diversité, nous, entreprise ou organisation, nous engageons à* […] »[1678]. Qu'en est-il dans ce cas d'une entreprise qui signe la Charte de la diversité, mais n'agit pas ? d'une administration qui discrimine alors qu'elle arbore fièrement le Label diversité ? d'un groupe de sociétés qui annonce dans son code de conduite respecter et promouvoir la diversité non seulement pour lui-même, mais également pour ses filiales et avec ses cocontractants, alors que l'un d'eux vient d'être condamné pour harcèlement discriminatoire ?, etc. Dans cette hypothèse, le problème est de savoir si ces engagements moraux sont dénués de portée juridique ou bien, au contraire, s'ils peuvent devenir

[1674] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 915.
[1675] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit*., p. 525.
[1676] M. FABRE-MAGNAN, « Les fausses promesses des entreprises » *in* P. –H. ANTONMATTEI, B. BREHIER, D. GUTMANN et *al*. (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p. 452.
[1677] O. NOËL, « Politique de diversité ou politique de diversion ? Du paradigme public de lutte contre les discriminations à sa déqualification juridique », *Revue Asylon(s)*, no 4, 2008.
[1678] Préambule, Charte de la diversité, 2018.

contraignants et donc susceptibles d'engager la responsabilité de leurs auteurs en cas de méconnaissance[1679]. En effet, « *c'est une chose de ne pas être contraint d'adopter des règles* [ç'en est] *une autre de ne pas être lié par les règles ainsi acceptées* »[1680]. Par conséquent, la reconnaissance d'une responsabilité juridique viendrait contrebalancer l'exercice du pouvoir des organisations, afin de prévenir, de sanctionner et de réparer les manquements à leurs propres engagements en faveur de la diversité. Elle renforcerait leur effectivité en incitant les acteurs à ne pas se compromettre par crainte de la sanction juridictionnelle. En outre, la sanction homogénéiserait les niveaux de protection des droits dans un contexte de privatisation de la règle de droit et de l'intérêt général.

309. Les conditions d'ouverture du recours – À partir de là, c'est à travers l'écart qui peut exister entre le volontarisme des organisations sur la diversité et la façon dont elles agissent concrètement que le droit de la responsabilité peut trouver à s'appliquer. De manière générale, l'ordre juridique va parfois conférer *a posteriori* une force normative à une norme éthique, alors même que son auteur n'avait pas conscience de s'engager ou ne voulait pas le faire. Ce décalage « *est une zone de tension entre une responsabilité décidée et une responsabilité imposée* »[1681]. Tout l'enjeu est donc de déterminer dans quelle mesure les normes relatives à la diversité que mettent en œuvre les organisations peuvent être créatrices d'obligations. Au contentieux, le juge doit composer avec la nature particulière de ce type de litiges tirés de la RSO. Ces conflits bousculent les notions d'objet du litige, de partie à l'instance, ou encore de compétence juridictionnelle. La globalisation du phénomène de la RSO tout entier sis sur la notion de parties prenantes, prolonge le rôle des parties à l'instance. La place des associations qui souvent pilotent le recours est appelée à s'intensifier, à condition qu'un intérêt à agir leur soit reconnu et pourvu que celui-ci soit clairement exprimé dans leur objet social. Cette exigence est traditionnellement accueillie assez ouvertement par les juges nationaux. En revanche, la territorialité des litiges éthiques peut parfois poser des difficultés à l'égard de la compétence territoriale de la juridiction. La question pourrait se poser par exemple dans le cas d'un groupe hôtelier aux nombreuses filiales implantées un peu partout sur le globe, émetteur de plusieurs normes portant sur la diversité que la pratique pourrait contredire. La doctrine souligne que jusqu'à l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance, le principe d'autonomie des personnes

[1679] I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, n° 5, 2006, p. 2 54-61, § 1.
[1680] F. –G. TREBULLE, *Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale*, Répertoire des sociétés Dalloz, 2003, § 36.
[1681] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit, op. cit.*, p. 543.

morales faisait obstacle à ce qu'un juge français reconnaisse une action en responsabilité dirigée contre une société mère française pour des dommages causés à l'étranger par sa filiale étrangère. Cette dernière ne pouvait pas non plus être poursuivie, faute de chef traditionnel permettant de fonder la compétence du juge national[1682]. La loi sur le devoir de vigilance rend envisageable une action contre une société mère directement devant le juge national, malgré les hésitations originelles sur le juge compétent et un résultat de l'action incertain[1683]. Dans ce cas de figure, un élément générateur de responsabilité réside dans les manquements de la société mère qui n'aurait pas établi ou mis en œuvre les mesures de vigilance raisonnables de nature à identifier et prévenir la réalisation de risques que lui impose la loi[1684].

310. La question de la recevabilité de l'action – La recevabilité de l'action est un autre aspect qui concentre les difficultés. La complexité vient essentiellement du droit souple, dans la mesure où les normes en question ne font pas partie des instruments traditionnels, tel le contrat, auquel le système juridique reconnaît la faculté de faire naître des droits et obligations et dont la méconnaissance est donc plus aisément sanctionnée. La « *soft law étant par définition non contraignante, le juge n'est pas supposé la sanctionner. Cependant, cela ne signifie pas que le juge n'est jamais capable de prendre en considération son effet, car il ne faut pas sous-estimer la capacité du système juridique à englober tout le réel* »[1685]. L'appréhension contentieuse du droit souple prend des formes variées, éminemment contextuelles. La contestation de la norme relative à la diversité objet du litige doit être distinguée du cas où elle vient appuyer l'argumentation devant le juge ou l'aider à forger sa conviction[1686]. Cette première hypothèse pose deux problèmes, dont le croisement d'espèce permettra, le cas échéant, de faire naître les conditions d'une mise en jeu de la responsabilité de l'organisation s'il s'avère qu'elle n'a pas respecté les prescriptions qu'elle entendait suivre.

311. La recherche d'une source d'obligation – La première difficulté est de « *durcir un engagement mou* »[1687], c'est-à-dire de donner une nature juridique à une obligation volontaire

---

[1682] P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, n° 6, 2018, p. 302-8, § 34.
[1683] V. not. G. LERAY, « Équivoque sur la compétence juridictionnelle en matière de plan de vigilance », *RdS*, n° 5, 2021, p. 297-301 ; art. 56 loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 *pour la confiance dans l'institution judiciaire*.
[1684] Art. L. 225-102-5 c. com ; O. BOSKOVIC, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, n° 7, 2016, p. 385-9, § 5.
[1685] P. DEUMIER, « La soft law devant le juge : une figure à géométrie variable » *in* P. –H. ANTONMATTEI, B. BREHIER, D. GUTMANN et *al*. (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p 372.
[1686] V. *supra* § 293 et suiv.
[1687] M. FABRE-MAGNAN, « Les fausses promesses des entreprises », *op. cit*., p. 452.

que son auteur assume mollement. Cette opération passe par l'identification d'une source d'obligations juridiques[1688]. La complexité de cette recherche réside dans le fait que le droit souple recouvre de nombreuses manifestations. Ses effets juridiques, y compris devant le juge, ne peuvent être déterminés *in abstracto*. La norme déférée devant le juge est-elle « *une déclaration d'intention formulée par une autorité elle-même ?* […] *une prescription énoncée pour d'autres destinataires ? Du rappel du droit existant par un document interne ?* »[1689]. Sur ce dernier point par exemple, le code déontologique d'une banque qui formule une obligation préexistante dans le règlement de l'AMF et le règlement intérieur de l'établissement n'est pas une adjonction à ce règlement intérieur, mais une simple modalité d'application de ce dernier[1690]. En fonction du cas d'espèce, le juge s'efforcera donc de trouver une source d'obligation parmi les divers effets juridiques qu'est susceptible de produire l'acte. À côté du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les documents souples, les justiciables chercheront le plus souvent à rattacher la norme à un véhicule juridique traditionnel pour reconnaître qu'il a généré de tels effets[1691]. L'opération de qualification juridique permettra alors de faire entrer le fait ou un acte litigieux dans une catégorie juridique à laquelle le droit reconnaît un régime particulier. Cependant, la jurisprudence est assez rare et erratique en la matière. Il n'est pas possible, par exemple, d'engager la responsabilité des entreprises devant les organes internationaux de protection des droits de l'homme, contrairement à celle de l'État. Il est aussi envisageable d'engager la responsabilité de la puissance publique sur le fondement de la théorie des obligations positives, lorsqu'elle n'a pas prévenu ou réparé une atteinte aux droits et libertés fondamentaux[1692]. Devant le juge interne, les rencontres entre droit et management ouvrent un champ des possibles investi par la doctrine et les justiciables qui rivalisent de propositions pour renforcer la sanction des démarches éthiques du type de celles portant sur la diversité. Le droit des contrats, le droit des obligations, mais aussi des matières plus spécifiques comme le droit commercial, le droit de la consommation ou le droit boursier se prêtent assez bien à la saisine du juge pour demander des comptes aux organisations qui s'engagent.

[1688] *Ibid.*

[1689] P. DEUMIER, « La soft law devant le juge : une figure à géométrie variable », *op. cit.*, p. 373.

[1690] V. par ex. Soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744.

[1691] CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368 083, 368 084, *Sté Fairvesta International* ; CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable* ; CE, ass., 19 juillet 2019, n° 426389, *Le Pen* ; CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*.

[1692] V. par ex. CEDH, sect., 2 juillet 2002, n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96, *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, spéc. § 41 et 48.

312. La recherche d'un engagement à l'égard des parties prenantes – Malgré leur variété, les normes relatives à la diversité soulèvent des difficultés communes relatives à leur portée juridique. Pour renforcer la responsabilité de leurs émetteurs, il faut « *dépasser l'effet relatif de la promesse* »[1693], c'est-à-dire engager le promettant à l'égard des parties prenantes auprès desquelles il a pu faire naître des attentes légitimes : un salarié pensant s'être engagé dans une société promouvant la diversité pourrait-il agir d'une quelconque manière contre celle-ci s'il s'avère qu'elle discrimine ? Des tiers pourraient-ils engager la responsabilité du promettant qui n'agit pas dans la perspective qu'il s'est lui-même fixée ? Sur ce point, la publication est essentielle puisqu'en faisant connaître la norme qu'il entend suivre, l'auteur de l'engagement peut susciter des attentes auprès de tiers intéressés[1694]. Les jurisprudences du Conseil d'État et du Tribunal de l'Union européenne mettent en exergue l'importance de la publication dans cette opération. Ils considèrent chacun pour leur part que la publication de lignes directrices lie l'autorité qui les a émises[1695]. Ainsi, la connaissance de la norme relative à la diversité vaudra publication. Les moyens de prendre connaissance des engagements des acteurs sont donc très nombreux : remise d'un exemplaire de la norme à chaque membre du personnel, formation sur le code éthique de l'établissement, publication sur le site internet officiel, affichage d'une charte dans les locaux, etc. En définitive, ce n'est qu'après avoir déterminé si la norme qui est contestée devant lui a pu être la source d'obligation à l'égard de parties prenantes que le juge pourra apprécier le comportement de son émetteur par rapport à celle-ci. Les cas d'ouverture susceptibles d'accueillir cette opération sont prolifiques.

B – Les sanctions des comportements déviants à la norme relative à la diversité envisageables

313. Position du problème – Plan – L'incertitude qui entoure le contentieux général de la RSO amène volontiers à parler de risques juridiques ou de sanctions recherchées, même si leur sanction effective n'est pas à exclure. En la matière, le droit du travail, le droit des obligations, le droit de la consommation, le droit boursier ou le droit de l'audiovisuel offrent des perspectives intéressantes pour sanctionner les organisations qui ne respecteraient pas les normes relatives à la diversité auxquelles elles ont souscrit. Ces cas d'ouverture laissent volontairement de côté les recours des arrêts *Fairvesta-Numéricable-Le Pen* et *GISTI*[1696]. En

[1693] M. FABRE-MAGNAN, « Les fausses promesses des entreprises », *op. cit*., p. 453.
[1694] P. DEUMIER, « La soft law devant le juge : une figure à géométrie variable », *op. cit*., p. 373.
[1695] Tribunal de l'UE, ch., 27 septembre 2006, n° T-59/02, § 2 ; CE, sect., 4 février 2015, n° 383267, cons. n° 4. Pour un ex., v. CE, sect., 13 juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez*, cons. n° 6-7.
[1696] V. *supra* § 124-5.

effet, le premier est dirigé contre les actes de portée individuelle ou générale pris par les autorités administratives ou publiques indépendantes. Par conséquent, ces actes semblent étrangers aux normes que l'administration adopte pour régir ses propres pratiques portant sur la diversité. Le second est intéressant par l'importante marge d'appréciation qu'il laisse aux justiciables et au juge. Pour rappel, le Conseil d'État ouvre le recours pour excès de pouvoir à l'égard des « *documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre* »[1697]. La notion de documents, très large, de même que celle d'effets notables, font de ce recours un outil contentieux intéressant pour les tiers pour contester une norme relative à la diversité[1698]. En revanche, un agent qui pourtant pourrait y avoir un intérêt ne sera pas autorisé à agir. En outre, la nature objective du recours pour excès de pouvoir en limite la portée à une violation de la loi par ladite norme. Même s'il n'exclut pas un recours en responsabilité s'il s'avère que l'acte litigieux illégal a causé un préjudice à un tiers, l'hypothèse demeure difficile à envisager. Ce corpus jurisprudentiel rappelle que si la responsabilité des organisations peut être recherchée à travers de nombreux véhicules juridiques, il importe de distinguer la nature objective ou non du contentieux. Ainsi, lorsqu'une norme éthique est qualifiée d'adjonction au règlement intérieur d'une entreprise par exemple, il conviendra de s'assurer qu'elle a été introduite ou modifiée selon les conditions de forme édictées par le Code du travail[1699]. Avant même de discuter de la nature juridique d'un document éthique, la loi prime les engagements moraux. Dès lors, leurs auteurs sont tenus de respecter le droit. À défaut, le juge pourra sanctionner la violation de la loi par une norme volontaire. C'est ce qu'a considéré la Cour de cassation dans l'affaire Dassault, en faisant l'économie d'un débat sur la nature juridique du texte litigieux et en se préoccupant uniquement de déterminer si son contenu était conforme ou non à la liberté d'expression[1700].

[1697] CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*, spéc. cons. n° 1.
[1698] Pour une illustration, récente v. par ex. CE, sect., 21 juin 2021, n° 428321, *Société Forseti*.
[1699] Art. L. 1321-1 et suiv. c. trav. Par ex. TGI Versailles, 17 juin 2004, *CCE Schindler et FTM CGT c. Schindler SA* ; TGI Nanterre, 6 octobre 2004, n° 04/02865, *Comité d'établissement Novartis Pharma et Fédération FO c. Société Novartis Pharma* ; TGI Nanterre, 19 octobre 2007, n° 06/06460, *SA Dassault Systèmes* : *RDT*, n° 01, 2008, p. 39, note I. DESBARATS ; *SSL*, n° 1328, 2007, p. 8 com. P. WAQUET. CA Versailles, 17 avril 2008, n° 07/08624, *SA Dassault Systèmes* : *RDT*, n° 5, 2009, p. 311, note R. De QUENAUDON, M.-J. MUSTEL.
[1700] Soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191 : *D.*, n° 9, 2010, p. 548 note I. DESBARATS ; *RDT*, n° 3, 2010, p. 171, obs. R. de QUENAUDON ; *SSL*, n° 1425, 2010, note B. ALDIGE ; *SSL*, n° 1459, 2010, p. 109, note I. MEYRAT.

314. Une fois établie la violation d'une norme portant sur la diversité, la question est de déterminer quels sont les leviers envisageables pour sanctionner l'auteur de ce manquement. Le nombre de plaignants potentiels est important, si bien qu'ils peuvent ne pas avoir de lien juridique avec lui. Le caractère théorique de ces hypothèses oblige à s'en tenir à des considérations assez générales. Compte tenu de l'intérêt porté à l'engagement de l'organisation, les recours intentés à son initiative contre les manquements commis par des salariés, une autre entité juridiquement liée à elle ou ses propres dirigeants présentent moins d'intérêt ici[1701]. Suivant la ligne de partage généralement adoptée en la matière[1702], il convient de distinguer l'hypothèse d'un recours intenté par des parties prenantes juridiquement liées à l'organisation (1), des cas de figure où elles ne le sont pas (2).

1 – Les sanctions recherchées par une partie prenante juridiquement liée à l'émetteur de la norme relative à la diversité

315. Plan – Dans ce cas de figure, il faut distinguer la situation où l'auteur d'un recours est une partie prenante interne de l'organisation (a), de celui où il lui est étranger (b).

a – Les sanctions recherchées à l'initiative d'une partie prenante interne à l'organisation

316. Position du problème – Un membre employé par l'organisation ou un syndicat revendique l'application à son profit d'une norme relative à la diversité, ou bien la réparation du préjudice qu'il subit à la suite de sa violation.

317. Le contrat – En premier lieu, la qualification de la norme traitant de la diversité peut être maîtrisée par les parties qui l'ont rendue obligatoire. Il faut imaginer ici que l'engagement socialement responsable est contractualisé avec les membres de l'organisation, par exemple dans le contrat de travail. Au premier abord, le litige appelle une résolution classique, puisque la responsabilité contractuelle de la partie qui ne s'exécute pas pourra être engagée. La violation du contrat constituera une inexécution fautive entraînant la rupture des relations contractuelles,

---

[1701] Sur ces hypothèses, v. par ex. M. JULIEN, « Le contentieux des instruments de la RSE dans le champ des relations de travail » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 235-45 ; S. SCHILLER, « Nature des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires et méthode d'évaluation du préjudice subi », *JCP E*, n° 20, 2010, p. 36-41 ; I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *op. cit.*, § 25 et suiv.

[1702] V. not. I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *op. cit.*, p. 254-61, § 5 et suiv. ; M. JULIEN, « Le contentieux des instruments de la RSE dans le champ des relations de travail », *op. cit.*, p. 244-5.

l'attribution de dommages-intérêts ou l'exécution forcée. La situation est plus complexe si les parties intègrent au contrat un engagement formel de nature purement moral, auquel elles refusent toute portée. Néanmoins, le juge ne s'estime pas tenu par la qualification retenue par les cocontractants. Ainsi, la Cour de cassation a considéré qu'un engagement moral pouvait avoir une valeur contraignante juridiquement opposable à son auteur[1703]. La dimension contractuelle de l'engagement pourrait connaître d'autres prolongements ici. La question de l'influence de la norme relative à la diversité sur la formation du contrat pourrait se poser. Cependant, ce cas de figure concerne plus probablement le consentement vicié d'une partie prenante externe à l'émetteur de la norme, comme un client par exemple, et sera donc abordé *infra*[1704].

318. L'engagement unilatéral de volonté et les usages d'entreprises[1705] **–** En deuxième lieu, l'engagement unilatéral de volonté oblige les entités qui l'ont souscrit conformément à l'adage *tu patere legem quam fecisti* (« subis les conséquences de ta propre loi »). La jurisprudence fait état de précédents intéressants en droit du travail. En matière de licenciement par exemple, la Cour de cassation a sanctionné des employeurs qui ne s'étaient pas conformés à leurs propres directives établies dans une note de service, dans un courrier adressé aux salariés ou dans une déclaration devant le comité d'entreprise[1706]. De ce fait, il est parfaitement possible d'imaginer qu'une norme éthique enrichisse cet ensemble. Dans le même sens, la disposition du code de conduite d'une société commerciale peut être qualifiée d'usage d'entreprise, c'est-à-dire de norme en vertu de laquelle un avantage est accordé de manière générale, constante et fixe, au personnel de l'établissement par l'employeur. Ainsi, une prime inscrite dans un guide du personnel et versée depuis des années par une entreprise est un usage qui ne peut pas être supprimé unilatéralement et sans préavis par la direction[1707]. L'hypothèse est intéressante, car elle se prête bien à la qualification des nouveaux usages de la diversité en entreprises, tels que les avantages pratiques liés à la parentalité accordés par certains groupes[1708]. Cependant,

---

[1703] V. par ex. Com., 23 janvier 2007, n° 05-13.189, *Sté Camaieu c. Sté Créations Nelson*.
[1704] V. *infra* § 322.
[1705] Sur cette qualification, v. par ex. M. –P. BLIN-FRANCHOMME, « Code de conduite : attention à l'écart de conduite ! », *RLDA*, n° 78, 2013, p. 60-3 ; B. DUBRION, E. MAZUYER, « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques de RSE », *SSL*, n° 1576, 2013, p. 75-84 ; E. DAOUD, J. FERRARI, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S*, n° 39, 2012, p. 13-21, § 22 ; E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la RSE » *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 582.
[1706] V. par ex. Soc., 13 octobre 1993, n° 89-43.989 ; Civ. 1, 28 mars 1995, n° 93-12.678.
[1707] Soc., 14 juin 2006, n° 04-44.777.
[1708] V. *infra* § 659 et suiv.

l'engagement unilatéral est soumis à des conditions qui restreignent sa portée. Il doit être pris à l'égard de personnes plus ou moins déterminées pour lier son auteur. En outre, pour être engagé, il faut en principe en manifester la volonté. Or, les organisations estiment souvent ne pas être liées juridiquement par leurs actes en faveur de la diversité. Au demeurant, ces derniers sont souvent énoncés dans des termes flous et généraux, ce qui peut être un obstacle supplémentaire au contentieux[1709]. Malgré tout, le nouvel article 1100 du Code civil renouvèle l'engagement unilatéral de volonté, en disposant que « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* ». Ces deux précisions recèlent donc un potentiel qu'il appartiendra le cas échéant aux justiciables d'exploiter.

319. Les conventions et accords collectifs – En troisième lieu, le contentieux de la négociation collective offre des perspectives intéressantes. Selon l'article L. 2262-11 du Code du travail, les organisations ou groupements ayant la capacité d'agir en justice, liés par une convention ou un accord, peuvent intenter en leur nom propre toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres organisations ou groupements, leurs propres membres ou toute personne liée par la convention ou l'accord. Au visa de cet article, un syndicat soutenait que la société avec qui il avait négocié un accord professionnel sur l'égalité entre les femmes et les hommes en 2004 n'avait pas rempli ses obligations et lui demandait réparation du préjudice subi par la collectivité des salariés. L'intimée s'en défendait. Après avoir décortiqué l'état de réalisation des exigences de l'accord point par point, la Cour a conclu que les engagements de l'entreprise avaient été très largement respectés, ce qui lui avait d'ailleurs permis d'obtenir le renouvellement de sa labellisation Égalité malgré les correctifs préconisés par l'AFNOR. Sur ces constatations, la Cour a néanmoins donné raison au syndicat qui démontrait que la société intimée n'avait pas entièrement respecté ses obligations relatives à la réduction des écarts de salaires à l'intérieur de certains groupes de postes, tout en soulignant les efforts entrepris en ce sens. Le juge a finalement engagé la responsabilité de la société pour violation de ses engagements et l'a condamnée à verser 4 000 € de dommages-intérêts au syndicat requérant[1710]. L'affaire est intéressante, car elle semble parfaitement transposable à une convention ou un

[1709] V. par ex. CA Versailles, 22 mars 2013, nº 11/05331.
[1710] CA Versailles, 3 septembre 2013, nº 12/04405.

accord portant sur la diversité. Toutefois, les juges pourraient faire preuve de plus de souplesse lorsqu'ils ont à juger d'un texte qui est le fruit d'une démarche volontaire des parties que lorsqu'ils étudient un accord professionnel sur l'égalité entre les femmes et les hommes, dans la mesure où la négociation sur ce thème est une obligation légale[1711]. En outre, ces actes ne peuvent véritablement être appréciés que s'ils contiennent des dispositions suffisamment précises. Hormis ces réserves, le Code du travail constitue un fondement convaincant pour une action en justice visant à dénoncer le non-respect des engagements d'une entreprise partie à une convention ou à un accord professionnel traitant de la diversité.

b – Les sanctions recherchées à l'initiative d'une partie prenante externe à l'organisation

320. Position du problème – La question se pose aussi de la détermination des qualifications en justice susceptibles d'être mobilisées par une partie prenante liée par contrat à l'organisation, mais externe à celle-ci, comme un client, un fournisseur, un partenaire institutionnel, une ONG, etc.

321. L'intégration au contrat – Si la norme relative à la diversité est directement contractualisée, sa violation pourra être invoquée comme une inexécution fautive entraînant la rupture des relations contractuelles, l'attribution de dommages-intérêts ou l'exécution forcée. La situation est plus complexe en considérant l'éventualité qu'elle soit indirectement intégrée dans une convention. En effet, il existe une tendance forte à conférer une valeur contractuelle aux actes publicitaires comme des catalogues ou des brochures émis par des professionnels, à condition qu'aucune clause du contrat ne l'exclue. Par suite, une partie de la doctrine considère que l'éthique de l'organisation peut intégrer le contrat, dès lors que le cocontractant en était destinataire ou que cet acte volontaire était suffisamment public pour laisser penser que le partenaire en avait connaissance au moment de contracter. Pour F. –G. Trébulle, il s'agit là de conséquences de la maxime « *l'éthique paie* »[1712]. En pareil cas de figure, il faudrait néanmoins envisager en détail le contenu de la norme souscrite pour déterminer l'influence qu'elle a eue sur la formation du contrat. Le rôle joué par les obligations de *reporting* portant sur la diversité est essentiel ici, car il renforce la publicité des actions des organisations. La qualification de conditions générales du contrat pourrait également permettre d'intégrer dans le champ contractuel des actes traitant de la diversité ou des plans de vigilance portant sur la prévention

[1711] Art. L. 2241-1 (branches) ; L. 2242-1 et suiv. c. trav. (entreprise).
[1712] F. –G. TREBULLE, *Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique […]*, *op. cit.*, § 43.

des discriminations[1713]. Il serait alors possible de soutenir que ces conditions générales ont été reprises à leur compte par des sous-traitants ou d'autres parties prenantes, à condition que ces documents aient été visés ou envisagés d'une manière ou d'une autre par les parties[1714].

322. Le dol – Les vices du consentement pourraient permettre de sanctionner la mauvaise formation du contrat. De l'avis de certains auteurs, la politique de RSO communiquée par une organisation peut avoir un effet sur la décision d'une partie de contracter[1715]. Ainsi, le dol pourrait venir sanctionner de fausses allégations éthiques sur la diversité. Des informations fallacieuses développées dans le cadre de la communication autour des engagements sur la diversité d'une entité pourraient être assimilées à des manœuvres dolosives de nature à avoir emporté le consentement du cocontractant[1716].

2 – Les sanctions recherchées par une partie prenante non juridiquement liée à l'émetteur de la norme relative à la diversité

323. Position du problème – Plan – L'hypothèse est celle où la sanction est recherchée contre une organisation émettrice d'une norme relative la diversité par une partie prenante tierce, avec laquelle elle n'entretient aucun lien juridique (une ONG, une collectivité publique ou un citoyen en général). Cette configuration englobe également le recours intenté par un partenaire de l'émetteur (un client, un fournisseur, etc.), s'il s'avère que la contractualisation de l'éthique est impossible. En effet, celui-ci sera alors considéré comme un simple tiers intéressé. Plusieurs matières du droit sont susceptibles d'être mobilisées ici. Il est proposé de distinguer les qualifications spécifiques (b), de celles plus communes tirées du droit des obligations et du droit administratif (a).

a – Les sanctions recherchées sur le fondement de qualifications de droit commun

324. Position du problème : En droit des obligations, la doctrine identifie plusieurs pistes contentieuses : la faute, le quasi-contrat, le porte-fort d'exécution et l'engagement unilatéral de volonté.

[1713] Art. 1119 c. civ.
[1714] M. FABRE-MAGNAN, « Les fausses promesses des entreprises », *op. cit*., p. 453.
[1715] E. DAOUD, J. FERRARI, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *op. cit.*, § 34 ; I. DESBARATS, G. JAZOTTES, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *CDE*, n° 3, 2012, p. 25-30.
[1716] E. DAOUD, J. FERRARI, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *op. cit.*, § 34.

325. La faute en droit civil – En premier lieu, les articles 1240 et suivants du Code civil offrent un champ d'action à la fois substantiel et résiduel, dans lequel les ONG et la doctrine voient un fondement accueillant pour sanctionner la méconnaissance des conduites volontaires[1717]. En effet, la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de l'organisation peut être engagée par un tiers, dès lors qu'est réunie la preuve de l'existence d'un dommage, d'une faute et d'un lien de causalité entre les deux. En l'occurrence, « *le préjudice moral éprouvé par des consommateurs – ou des associations de consommateurs ou de défense de l'environnement… – sera caractérisé à chaque fois que* [l'organisation] *a fait naître une attente, déterminé par ses affirmations un comportement d'achat ou d'investissement : elle devra répondre des désillusions que ses manquements provoquent* »[1718]. À cet égard, la simple éventualité d'une condamnation symbolique peut avoir des conséquences extrêmement sérieuses pour l'image de l'émetteur de l'acte. De plus, la faute pourrait être entendue largement, tant l'attitude d'une organisation qui agit en faveur de la diversité est un comportement social attendu. Le niveau d'exigence escompté de sa part pourrait s'en trouver accru et la faute qui est lui est reprochée accueillie plus souplement[1719]. En revanche, l'application de l'article 1833 du Code civil paraît bien plus incertaine. En effet, sanctionner une entreprise pour avoir insuffisamment pris en compte les enjeux sociaux et environnementaux de son activité implique de déterminer sa responsabilité. Autrement dit, il faut montrer que sa gestion de la diversité est à l'origine d'un effet social préjudiciable, alors même que l'organisation incriminée respecterait le droit en vigueur. Si la définition et l'appréciation de ces enjeux sociaux auxquels fait référence le Code se jouera dans les prétoires, il faut bien constater avec d'autres auteurs que cette disposition correspond surtout à une obligation pour les entreprises d'internaliser de manière préventive, et donc de supporter le coût, des externalités négatives que leurs activités sont susceptibles de causer[1720].

326. Les perspectives ouvertes par le contentieux du naufrage de l'Érika – *Mutatis mutandis*, l'affaire de l'Érika est intéressante en tant qu'elle offre un aperçu du glissement d'une prescription éthique en une véritable source de responsabilité[1721]. Dans cette affaire, la chambre

---

[1717] P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique » *in* A. S. BARTHEZ, G. CHANTEPIE, P. DEUMIER et *al.*, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 122 ; I. DESBARATS, G. JAZOTTES, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *op. cit.*

[1718] F. –G. TREBULLE, *Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique […]*, *op. cit.*, § 38.

[1719] I. DESBARATS, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *op. cit.*, § 20.

[1720] L. BENZONI, B. DEFFAINS, « Approche économique des outils de la compliance […] », *op. cit.*, p. 42.

[1721] Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938 : *AJDP*, n° 11, 2012, p. 574 com. A. MONTAS, G. ROUSSEL ; *D.*, n° 40, 2012, p. 2711 com. P. DELEBECQUE ; *Environnement*, n° 12, 2012, p. 13 com. M. – P. CAMPROUX-DUFFRENE ;

criminelle a jugé que l'affréteur du navire, Total SA, avait commis une faute pénale d'imprudence constitutive du délit de pollution involontaire et une faute civile de témérité au visa de la Convention CLC 69/92[1722]. Le juge de cassation a fait sienne l'analyse de la Cour d'appel qui avait considéré que la société disposait au travers de la procédure de *vetting* du navire, d'un pouvoir de contrôle sur la cargaison et sur la bonne marche du vaisseau. Même si elle n'a pas été rendue au visa de l'article 1240 du Code civil, cette affaire est pleine de promesses, car le *vetting* est le fruit d'une démarche interne, volontairement mise en place par Total SA. Courante dans le secteur du transport maritime, cette pratique confère à son titulaire de larges pouvoirs d'inspection pour déterminer les risques qu'un navire peut présenter pour la compagnie qui l'affrête[1723]. Or, l'existence d'une démarche éthique formalisée, ici un système de contrôle interne, a été cardinale dans la qualification de la faute. Pour la Cour, le comportement fautif de Total était caractérisé dès lors que la société n'avait pas dûment procédé à la vérification à laquelle elle s'était engagée. En faisant de la violation d'un engagement interne une faute, le juge s'est refusé à laisser la norme éthique à l'état de coquille vide. Cette affaire est emblématique de la façon dont le contentieux est susceptible d'accroître drastiquement le niveau d'exigence d'un engagement éthique dont la forme originelle ne laissait pas présager une telle portée.

327. Les limites : le pouvoir d'appréciation du juge – Cependant, la jurisprudence n'est pas toujours aussi féconde. Le juge s'est parfois montré bien plus timoré dans des contentieux similaires, où l'article 1240 du Code civil était invoqué pour arguer de la violation d'une norme éthique. Une illustration du caractère hasardeux de cette qualification est trouvée dans les engagements des sociétés Veolia et Alstom récemment portés devant la Cour d'appel de Versailles sur le terrain de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle. L'Organisation de libération de la Palestine soutenait qu'en contractant avec l'État d'Israël pour la construction d'une ligne de tramway traversant la ville de Jérusalem, ces sociétés violaient les normes internationales humanitaires qu'elles s'étaient engagées à respecter dans leurs codes éthiques. Le fondement de l'article 1240 a été balayé par la Cour, les juges ayant manifestement été sensibles aux allégations des entreprises selon lesquelles ces documents, loin de créer de

---

Environnement, n° 1, 2013, p. 19-25 com. M. BOUTONNET ; *LGP*, n° 298-9, 2012, p. 8 com. B. PARANCE ; *JCP G*, n° 47, 2012, p. 2095 com. K. LE COUVIOUR ; *RLDA*, n° 78, 2013, p. 59 obs. M. – H. GOZZI.

[1722] *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 1992, art. III, 4., f).

[1723] A. MONTAS, G. ROUSSEL, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJDP*, n° 11, 2012, p. 574-8.

quelconques obligations ou engagements, avaient un caractère facultatif et non contraignant[1724]. La doctrine a considéré cet arrêt comme « *un acte manqué* »[1725] ne devant pas être pris pour argent comptant, tant la Cour a « *fait l'économie de toute réflexion sur la nature juridique des chartes et codes éthiques à laquelle pourtant l'arrêt Dassault system invitait très explicitement* »[1726]. Par suite, cette affaire met en exergue les aléas qu'il y aurait à reprocher à une organisation de ne pas respecter les normes relatives à la diversité qu'elle s'est engagée à appliquer sur le fondement de la faute.

328. La faute en droit administratif – Du côté du droit public, rien ne s'oppose *a priori* à ce que la faute de service de l'administration qui méconnaît ses propres normes portant sur la diversité soit engagée dans les conditions de droit commun, pourvu qu'il en résulte un préjudice et un lien de causalité. Le tiers intéressé devra donc démontrer que l'engagement de la personne publique a fait naître des attentes légitimes qui ont été déçues par des manquements ou une inexécution. L'hypothèse ne semble pas irréaliste, tant les acteurs de la société civile sont de plus en plus prompts à demander des comptes aux personnes publiques qui se voient rattrapées par l'exemplarité qui est attendue d'elles dans ce domaine. Toutes choses égales par ailleurs, l'État vient d'ailleurs d'être condamné dans « L'Affaire du siècle » pour ses carences fautives dans la réalisation des objectifs qu'il s'est lui-même fixés en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre[1727]. Bien que le jugement du tribunal de Paris ait été rendu au visa de l'article 1246 du Code civil consacré au préjudice écologique, cette espèce montre que les personnes publiques ne sont pas épargnées par la violation de leurs propres engagements.

329. Le quasi-contrat[1728] **–** En deuxième lieu, la doctrine considère le quasi-contrat comme un terreau fertile pour sanctionner les manquements en matière de RSO. L'article 1300 du Code civil définit cette qualification comme « *des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui* ». Dans cette dernière acception, le quasi-contrat rend débitrice une personne qui

---

[1724] CA Versailles, 22 mars 2013, n° 11/05331.
[1725] F. –G. TREBULLE, « Entreprise et développement durable (2e partie). Responsabilité sociale des entreprises », *Environnement*, n° 12, chron. n° 6, 2013, p. 27-33, § 110.
[1726] *Ibid*.
[1727] TA Paris, ch., 3 février 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.
[1728] Sur cette qualification, v. par ex. B. ROLLAND, « Le quasi-contrat au secours de la RSE ? » *in* H. ARBOUSSET, C. LACROIX, B. STEINMETZ (dir.), *Risques, Accidents et Catastrophes, Liber amicorum en l'honneur de Madame le Professeur Marie-France Steinlé-Feuerbach*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 216-26 ; M. MEKKI, « L'intelligence contractuelle et numérique au service de la responsabilité sociétale des entreprises », *AJ Contrats d'affaires — Concurrence – Distribution*, n° 3, 2012, p. 112.

annonce un comportement sur lequel elle ne désire pourtant pas s'engager sérieusement. C'est ce qu'a considéré la Cour de cassation dans une décision de principe en jugeant que « *l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire à le délivrer* »[1729]. Sous cet angle, le quasi-contrat pourrait répondre à une attente légitime née chez des tiers intéressés, mais qui aurait été déçue faute de concrétisation ou de réalisation. Une charte, un code, un label, un rapport d'informations non financières ou tout autre outil de communication de ce type portant sur les actions en faveur de la diversité, laisse entendre à autrui que son auteur se comporte d'une façon conforme à ce que ces documents prescrivent. Le quasi-contrat pourrait alors permettre de sanctionner l'émetteur qui n'a pas réellement souhaité s'engager en jouant sur l'ambiguïté de sa démarche. Cependant, la qualification du quasi-contrat nécessite une appréciation *in concreto*, notamment pour circonscrire les tiers créanciers et préciser le régime de la sanction, ce qui peut être un frein à son succès[1730].

330. Le porte-fort d'exécution – En troisième lieu, il est relevé qu'au travers de leurs engagements éthiques, les organisations se vantent et se portent fort *urbi* et *orbi* que leurs sous-traitants ou leurs filiales produisent dans des conditions sociales exemplaires. Le précédent du groupe Lagardère qui fait figurer une clause suivant laquelle « *le Contractant s'engage donc à respecter les principes définis dans cette Charte* [de la diversité], *disponible sur internet, et veille à leur respect par leurs sous-traitants* »[1731] dans ses contrats de production audiovisuelle illustre parfaitement ce type de déclaration. Sur une proposition de M. Fabre-Magnan, ce type d'engagement pourrait être qualifié de porte-fort d'exécution[1732]. Le nouvel article 1204 du Code civil énonce qu'« *on peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts* ». Pour la Cour de cassation, le porte-fort d'exécution, « *débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers le bénéficiaire de la promesse des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis* »[1733]. Avec le porte-fort d'exécution, un promettant s'engage à ce qu'un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire de la promesse, à titre de garantie. La notion permet de qualifier l'engagement pris

[1729] Ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981.
[1730] B. ROLLAND, « Le quasi-contrat au secours de la RSE ? », *op. cit*., p. 223-6.
[1731] CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2015*, 2016, p. 24-5.
[1732] M. FABRE-MAGNAN, « Les fausses promesses des entreprises », *op. cit*., p. 458.
[1733] Soc., 1er avril 2014, n° 13-10629.

par l'auteur de la promesse d'exécution, mais aussi de lui donner sa juste portée. Par conséquent, le tiers lésé par l'inexécution par un cocontractant des engagements pour lesquels le donneur d'ordre ou la société mère se sont portés fort pourrait en demander la réparation[1734]. Dans un cas comme celui du groupe Lagardère, la qualification est intéressante si l'un des contractants de l'entreprise venait à bafouer ses engagements en matière de diversité.

331. L'engagement unilatéral – En dernier lieu, avant la réforme des obligations, la jurisprudence reconnaissait que l'engagement unilatéral pouvait être créateur d'obligations juridiquement sanctionnées. Toutefois, cette reconnaissance n'était que subsidiaire, elle ne jouait que lorsque les autres techniques juridiques étaient inaptes à consacrer l'équilibre juridique recherché par le juge ou la loi[1735]. C'était le cas de la promesse d'accomplir une obligation naturelle, qui consiste en un engagement unilatéral permettant de transformer cette promesse en une véritable obligation civile[1736]. À cet égard, F. –G. Trébulle considère que la volonté des organisations d'intégrer des valeurs citoyennes, au rang desquelles il est possible de placer le modèle de la diversité, est la marque d'une obligation naturelle susceptible de se nover en une obligation civile[1737]. Lorsqu'elles reconnaissent l'existence de cette obligation et commencent à l'exécuter ou si elles promettent de le faire, les organisations pourraient donc s'obliger. L'ordonnance du 10 février 2016 semble avoir renforcé la portée de cet engagement, puisque le nouvel article 1100-1 du Code civil prévoit que « *les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* ». Cet article reconnaît pour la première fois qu'un acte unilatéral peut être la source d'obligations. Il témoigne ainsi d'une poussée de la volonté unilatérale, sans toutefois consacrer de développements substantiels à cette source d'obligations[1738]. En l'état du droit positif, l'engagement unilatéral reste donc un fondement contentieux crédible pour les tiers à l'organisation, mais de portée inconnue.

[1734] M. FABRE-MAGNAN, « Les fausses promesses des entreprises » *in* P. –H. ANTONMATTEI, B. BREHIER, D. GUTMANN et *al*. (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p. 458.
[1735] S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations*, Dalloz, 13e éd., 2021, p. 24.
[1736] Pour un ex. à propos d'un lègue, v. par ex. Civ. 1., 4 janvier 2005, no 02-18904.
[1737] F. –G. TREBULLE, *Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale*, Répertoire des sociétés Dalloz, 2003, § 48 et suiv.
[1738] S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations*, *op. cit*., p. 24.

b – Les sanctions recherchées sur le fondement de qualifications spécifiques

332. Position du problème – Il reste à évoquer les leviers contentieux spécifiques offerts par le droit commercial, le droit de la consommation, le droit boursier et le droit audiovisuel.

333. La responsabilité des dirigeants – Dans un premier temps, le droit commercial est largement pressenti par la doctrine pour sanctionner un manquement aux déclarations d'informations non financières des entreprises[1739]. En la matière, la responsabilité des dirigeants sociaux peut être recherchée par les tiers pour les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés ou pour des fautes commises dans leur gestion, c'est-à-dire des actes volontaires d'imprudence ou de négligence contraires à l'intérêt social qu'un dirigeant normalement compétent n'aurait pas commis[1740]. Dès lors, toute personne lésée dans ses intérêts par une information non opératoire communiquée dans la déclaration de performance extra-financière ou le rapport sur le gouvernement d'entreprise devrait pouvoir engager une action civile à l'encontre des dirigeants. Toutefois, ce régime juridique pourrait s'avérer malaisé à mobiliser. La démonstration d'une faute des dirigeants, d'un préjudice et d'un lien de causalité dans le champ des informations portant sur la diversité pourrait se révéler délicate pour un tiers. Ces derniers préféreront sans doute rechercher directement la responsabilité de la personne morale sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, plutôt que celle de ses dirigeants personnes physiques. De plus, le juge pourrait être réticent à sanctionner le *reporting* sur le fond, car le législateur n'a pas souhaité l'assortir de sanctions juridiques. Pourtant, l'idée que les dirigeants des sociétés concernées ont la responsabilité collective de veiller à ce que la déclaration d'informations relatives à la diversité soit établie et publiée conformément aux exigences européennes figurait dans la directive de 2014[1741]. En

---

[1739] V. par ex. E. DEZEUZE, « Responsabilité sociale de l'entreprise et le droit de l'information financière » *in* F. G. TREBULLE, O. UZAN, *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés : droit et gestion*, Paris, Économica, 2011, p. 289-290 ; S. GIULJ, « Guide de préparation des assemblées : Modifications résultant de la loi NRE : Informations à délivrer et résolutions à prévoir », *LPA*, n° 121, 2002, p. 7-11 ; C. MALECKI, « Informations sociales et environnementales. De nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.*, n° 12, 2003, p. 818-23, § 19 ; A. ROBERT, « Le rapport de gestion et l'environnement : obligations, contrôles et sanctions », *Environnement*, n° 5, 2012, p. 9-13, § 47 ; B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *DS.*, n° 11, 2003, chron., p. 4-8, § 21 ; B. ROLLAND, « Le reporting social, sociétal et environnemental : regards critiques », *BMIS*, n° 4, 2014, p. 287-96, § 34 ; A. TOMADINI, « L'évaluation de l'impact du reporting environnemental sur le droit à l'information », *RLDA*, n° 84, 2013, p. 79-82.

[1740] Art. L. 225-251 (SA), art. L. 226-12 (SCA) c. com. Sur la faute de gestion, A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 6e éd., 2014, p. 70 ; V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 7e éd., 2015, p. 306-7.

[1741] Art. 1er, 4) dir. n° 2014/95/UE *du PE 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*. Le principe est repris à l'art. 1er, § 9 prop. dir. du PE et du Conseil n° COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *modifiant les dir. n° 2013/34/UE, n° 2004/109/CE et n°*

définitive, malgré l'intérêt doctrinal suscité par cette qualification, elle n'est certainement pas la plus facile à mettre en œuvre.

334. Les pratiques commerciales trompeuses – Dans un deuxième temps, la Commission européenne a proposé de renforcer la portée de la RSO à travers la répression des pratiques commerciales trompeuses[1742]. Elle est rejointe sur ce terrain par la doctrine, qui considère que le droit de la concurrence s'applique si une entreprise n'a pas respecté ses engagements éthiques ou a délivré des informations commerciales fausses ou trompeuses[1743]. Le raisonnement part du fait que les parties prenantes sont sensibles à ce genre d'argument. Fondé sur la confiance, il confère à leur auteur un avantage concurrentiel[1744]. Or, une véritable dynamique éthique a un coût. Il est donc inique qu'une organisation vertueuse soit pénalisée par la concurrence déloyale d'une autre entité qui donne à voir de fausses vertus. La directive sur les pratiques commerciales déloyales de 2005 prévoit que l'échec d'une entreprise à se conformer aux engagements contenus dans son propre code de conduite peut, sous certaines conditions, constituer une pratique commerciale trompeuse[1745]. L'article L. 121-4 du Code de la consommation établit une liste de pratiques réputées trompeuses, parmi lesquelles figure le fait pour un professionnel de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas, d'afficher un label de qualité sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ou d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas[1746]. La seule existence d'une menace de condamnation à cesser la publicité trompeuse est censée conduire l'auteur de l'infraction et ses pairs, soucieux de préserver leur réputation, à se conformer à leurs engagements. Le levier de la sanction devrait donc amener les entreprises à respecter scrupuleusement les exigences dont elles se revendiquent. La réalité est sans doute autre. Dans ce cas, le champ matériel de cette disposition est suffisamment large pour accueillir une espèce

---

2006/43/CE ainsi que le règl. (UE) nº 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

[1742] Art. L. 121-2 et suiv., not. L. 121-4 et L. 132-1 c. consom ; rés. du PE nº (2006/2133[INI]) du 13 mars 2007 *sur la responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat*, § 37.V. par ex. Crim., 3 septembre 2002, nº 01-86.760 ; Crim., 17 mai 2011, nº 10-87.646.

[1743] N. CUZACQ, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *RdS*, nº 12, 2015, p. 707-19, § 34-5 ; B. PETIT, « "Reporting" RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau », *E.*, nº 7, 2014, p. 17-25, § 24 et suiv.

[1744] V. par ex. E. VATTEVILLE, « La stratégie de la diversité au fondement de la confiance et de la performance », *Management & Avenir*, nº 28, 2009, p. 418-20.

[1745] Art. 6, 2., b) dir. nº 2005/29/CE du PE et du CE du 11 mai 2005 *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du PE et du Conseil et le règlement (CE) nº 2006/2004 du PE et du Conseil*.

[1746] V. spéc. les nº 1, 2 et 3.

portant sur la violation d'une norme relative à la diversité. Or, ce risque contentieux n'est pas à négliger. Dans les années 1990, c'est ce fondement qui avait été retenu dans la célèbre affaire *Nike c. Kasky* aux États-Unis. Ladite société ne s'était pas mise en conformité avec les clauses inscrites dans son code de bonne conduite sur les conditions de travail de ses sous-traitants et avait été poursuivie pour pratiques commerciales trompeuses[1747]. L'affaire fait encore aujourd'hui figure de cas d'école.

335. La délivrance d'informations fausses ou trompeuses – Dans un troisième temps, un fondement juridique existe dans la législation sur les marchés. La délivrance d'une information fausse ou trompeuse sur les perspectives ou la situation d'un émetteur de nature à agir sur les cours est sanctionnée[1748]. L'article 224-1 du règlement général de l'AMF impose aux émetteurs de publier une information exacte, précise et sincère, ce qui a fait dire que cette disposition « *devrait, logiquement, conduire l'AMF à pouvoir davantage sanctionner les manquements à l'obligation de diffusion d'une information financière, et désormais extrafinancière, loyale et sincère* »[1749]. Avec la montée en puissance de la transparence et alors qu'une révision de la directive sur la publication d'informations extra-financières est en cours, il ne paraît pas exclu de voir un jour une société commerciale sanctionnée pour avoir délivré une information fausse ou trompeuse sur ses actions visant à promouvoir les diversités[1750].

336. Le manquement aux obligations légales et conventionnelles sur la diversité – Dans un dernier temps, il reste à envisager les sanctions que peut infliger le CSA aux manquements à une norme relative à la diversité dans le domaine qui est le sien[1751]. Il s'agit des principes tirés de l'article 3-1 de la loi Léotard selon lesquels le Conseil « *veille à ce que la diversité de la société française soit représentée dans les programmes des services de communication audiovisuelle et que cette représentation soit exempte de préjugés* »[1752] et « *veille, notamment,*

[1747] CS ÉTATS-UNIS, 26 juin 2003, nº 539 US 654 (2003), *Nike Inc e. a., Petitioners c. Marc Kasky*.
[1748] Art. 12, 1., c) régl. (UE) nº 596/2014 du PE et du Conseil du 16 avril 2014 *sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la dir. 2003/6/CE du PE et du Conseil et les dir. 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission* ; art. L. 465-3-2 c. monétaire et financier. V. en ce sens, N. CUZACQ, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon […] », *op. cit.*, p. 707-19, § 36 ; I. DESBARATS, G. JAZOTTES, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *op. cit.* ; F. –G. TREBULLE, « L'environnement en droit des affaires » *in* N. ANTAKI, J. BEGUIN, B. BOULOC (dir.), *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1052-3.
[1749] L. BROVELLIX, X. DRAGO, E. MOLINIE (dir.), *Responsabilité et performance des organisations*, Rapport au gouvernement, 2013, p. 27.
[1750] Sur cette révision, v. prop. dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *[…]*, *op. cit*.
[1751] Sur ces prérogatives, v. art. 42 à 42-10 loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication […]*, *op. cit.*
[1752] Art. 3-1, al. 3 loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication.*

auprès des éditeurs de services de communication audiovisuelle, compte tenu de la nature de leurs programmes, à ce que la programmation reflète la diversité de la société française »[1753]. Cependant, il s'agit ici de sanctionner des obligations légales. En revanche, le CSA peut aussi, en vertu des conventions qu'il conclut avec les éditeurs de services audiovisuels, leur appliquer ces mêmes sanctions si ceux-ci en viennent à manquer à leurs obligations conventionnelles[1754]. Bien qu'il n'en ait jamais fait usage dans ce cas de figure, ces sanctions demeurent toujours possibles. À défaut, il use parfois de mises en garde pour lancer un avertissement aux éditeurs de services audiovisuels qui ne respecteraient pas leurs obligations légales et conventionnelles relatives à la diversité[1755]. Néanmoins, ces décisions demeurent dans le champ de la *soft law*. D'ailleurs, le Conseil d'État a relativisé la portée de ce procédé en écartant l'application de ce qui était alors la jurisprudence *Fairvesta-Numéricable*, jugeant que ce type d'avertissement « *ne peut être regardé comme un acte susceptible de produire des effets notables ou d'influer de manière significative sur les comportements de la personne à laquelle il s'adresse* »[1756]. Dans ces conditions, le véritable risque juridique tend plutôt à se recentrer sur les prérogatives qu'il tient du droit dur, en tenant compte du caractère théorique de ces sanctions à ce jour.

[1753] Art. 3-1, al. 4 *ibid*.
[1754] V. par ex. art. 4-1-3 à 4-2-4, CSA, TF1 SERIES FILMS, *Convention concernant le service de télévision TF1 Séries Films*, 20 décembre 2018.
[1755] V. par ex. CSA, déc. du 26 novembre 2020 *examen du respect des obligations spécifiques à RMC Story (exercice 2019) : la chaîne mise en garde*, (anciennement Numéro 23).
[1756] CE, ch., 26 juillet 2018, nº 414333, *Groupe Canal Plus*, cons. nº 2.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

337. Le droit de la régulation relatif à la diversité a pour effet de générer une cohabitation dont les termes ne sont pas sans rappeler la coexistence de deux paradigmes, au sens où l'entend T. Kuhn. La question est double. Cette cohabitation est d'abord normative, au sens où elle met en relation le droit de la régulation relatif à la diversité avec le droit de la non-discrimination. Elle est ensuite prolongée par un volet social-contentieux mettant dos à dos la responsabilité sociale avec la responsabilité juridique, l'une étant le prolongement de l'autre. Quels que soient les termes retenus, la cohabitation est caractérisée par le paradoxe.

338. D'un côté, les normes portant sur la diversité peinent à trouver un équilibre avec le droit de la non-discrimination. Souvent désarticulées de l'action publique antidiscriminatoire, desservies par la faible effectivité de ce droit, les normes de régulation n'en restent pas moins intéressantes dans la prise de conscience des organisations face au problème des discriminations et pour l'internalisation et l'harmonisation de mesures préventives dont le législateur s'est parfois fait l'écho. Ainsi, « *l'idée* […] *d'utiliser réglementation juridique et régulation de manière complémentaire pour modifier les conduites* »[1757] bute paradoxalement sur la faiblesse de l'action publique, sans pour autant perdre de son intérêt. Plusieurs propositions tendent à renforcer l'imbrication entre droit de la régulation relatif à la diversité et droit de la non-discrimination. À cet égard, la proposition de directive CSRD n'est pas dénuée d'intérêt. Sa transposition pourrait constituer une occasion pour le droit national, historiquement en pointe sur les questions de RSO, de procéder à ce renforcement.

339. D'un autre côté, la précarité de l'équilibre du droit de la régulation est sans doute encore plus palpable concernant la responsabilité des acteurs qui s'engagent à respecter une norme traitant de la diversité. Leur responsabilité balance entre responsabilité sociale affirmée et responsabilité juridique hasardeuse. L'une trouve sa source dans l'intérêt que trouvent les organisations à prendre en charge *ex ante* le coût de leurs externalités négatives sous l'influence du droit et de la société. Elle est un moteur pour agir et rendre compte. En faisant le choix de la régulation, la puissance publique a préféré la responsabilisation *a priori* des organisations à celle de l'engagement *a posteriori* de leur responsabilité. Pourtant, elle ne saurait suffire à prémunir du risque d'hypocrisie des acteurs. Bien qu'incertaine, la responsabilité contentieuse

[1757] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, p. 29-30.

côtoie la responsabilité sociale dont elle assure paradoxalement l'effectivité en dernier ressort, lorsque celle-ci est incapable de tenir ses promesses. Cependant, s'il ne fait aucun doute qu'une norme relative à la diversité qui viole le droit positif peut être censurée par le juge, un manquement à celle-ci n'engagera pas toujours la responsabilité de l'émetteur qui s'est engagé à la respecter. La jurisprudence sur les démarches éthiques est erratique. Aucune à ce jour ne semble avoir porté jusqu'ici sur une norme relative à la diversité, mais la doctrine et les ONG rivalisent de propositions allant en ce sens. Ces hésitations au contentieux trouvent une forme de complément dans la législation, qui, plutôt que de s'en tenir à sanctionner les écarts de conduite, tente depuis quelques années d'internaliser la poursuite de buts d'intérêt général dans le fonctionnement des organisations dans une logique de compliance. Un aperçu des recours envisageables montre néanmoins que « *loin d'être neutre, l'engagement volontaire d'une* [organisation] *dans une démarche éthique constitue au contraire une opération juridiquement risquée* »[1758]. De manière paradoxale, il semble y avoir de bonnes chances pour que l'essor de la responsabilité sociale des acteurs exerce une influence croissante sur le contentieux qui glisserait alors de plus en plus entre les mains du juge. Il serait sans doute possible de s'interroger sur une telle juridictionnalisation, tant elle paraît contraire au principe de la régulation. Cependant, la montée en puissance des recours permettrait peut-être de lever certaines ambiguïtés du droit de la régulation relatif à la diversité, sources de tensions.

[1758] I. DESBARATS, « Le RSE "à la française" : où en est-on ? », *DS*, n° 6, 2018, p. 525-36.

CHAPITRE 2
UNE SOURCE DE TENSIONS

340. Position du problème – Plan – La rencontre entre une législation imparfaite à la recherche de son effectivité et des instruments juridiques accommodants loués pour leur efficacité entre les mains de ceux qu'ils sont censés réguler est source de tensions. Pour reprendre l'analogie kuhnienne, c'est l'absence de méthodes unifiées sous un même modèle paradigmatique qui génère ces frictions. À l'exception de l'hypothèse contentieuse, les normes traitant de la diversité paraissent échapper à l'emprise de la législation antidiscriminatoire. Derrière l'endogénéité, la subsidiarité, la souplesse et l'efficacité, les acteurs semblent pour l'essentiel livrés à eux-mêmes, avec le soutien des pouvoirs publics. Cette situation est porteuse de risques pour le droit des personnes à ne pas être discriminées (Section 1). Plus largement, ces tensions alimentent la question de la légitimité du droit de la régulation relatif à la diversité (Section 2).

SECTION 1 – LES RISQUES DU DROIT DE LA REGULATION RELATIF A LA DIVERSITE

341. Position du problème – Plan – Dans bien des cas, l'« *habillage volontariste de l'obligatoire* »[1759] est susceptible d'entrer en tension avec le droit de la non-discrimination. L'oscillation entre *soft* et *hard law* ne garantit pas le respect du droit positif. Le glissement de la managérialisation du droit (§ 1) à sa marginalisation (§ 2) illustre ce que le droit de la régulation relatif à la diversité fait et est susceptible de faire au droit dur de la non-discrimination.

§ 1 – La managérialisation du droit

342. Position du problème – Aux balbutiements des engagements volontaires éthiques, des auteurs se sont inquiétés de la « *fuite en avant vers l'éthique* »[1760] et de ses conséquences. C'est

[1759] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité comme processus de légitimation organisationnelle. Cadrage théorique et exemples empiriques », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 1, 2017, p. 224.
[1760] J. F. FLAUSS, « Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique », *LPA*, n° 104, 2002, p. 6.

ainsi que J. -B. Racine soulignait le risque « *de substituer à des règles contraignantes des engagements volontaires dépourvus de toute force et de toute effectivité* »[1761]. Dans le champ de la non-discrimination, cette réflexion renvoie aux travaux de L. B. Edelman, une sociologue du droit, qui a montré comment aux États-Unis, la traduction du cadre antidiscriminatoire selon les valeurs mercantiles des entreprises avait abouti à ce qu'elle nomme une « *endogénéisation managériale* »[1762] et une « *managérialisation du droit* »[1763]. Dans son analyse, l'auteure utilise ces concepts pour rendre compte de la manière dont les normes relatives à la diversité produites par les organisations constituent en fait des réponses managériales à des injonctions du droit et de l'action publique[1764]. Les droits civils américains sont sous-tendus par des idéaux qui soulignent la valeur de la non-discrimination et de l'égalité sur le fondement de la « race » et du sexe. Les dispositifs traitant de la diversité sont des outils conçus pour atteindre ces idéaux ou, à tout le moins, démontrer l'attention qui leur est portée[1765]. Dans la mesure où ces normes influent sur la signification du droit dans les champs organisationnels concernés, le droit devient endogène, c'est-à-dire construit en partie dans les arènes sociales qu'il cherche à réglementer[1766]. La managéralisation du droit désigne ensuite l'infusion des valeurs et des idées tirées de la gestion des ressources humaines et des affaires dans ce droit endogène. Lorsque les professionnels introduisent le droit dans le domaine organisationnel sous la forme de normes relatives à la diversité, ils ont tendance à être influencés par le cadre dans lequel ils interagissent et par leur formation. Ils adaptent alors les exigences juridiques aux besoins de l'organisation ou recadrent les règles juridiques en des termes plus favorables à ses intérêts[1767]. Ainsi, si certains gestionnaires individuels peuvent élever les idéaux juridiques au-dessus des idéaux de gestion, le droit tend néanmoins à être collectivement traduit et réimaginé de manière à donner la priorité aux idéaux de gestion sur les idéaux juridiques. À l'extrême, la managéralisation peut permettre aux organisations de contourner les éléments de la loi qui entrent le plus en conflit avec les valeurs commerciales[1768]. En dépit de leur dimension nord-américaine, ces tensions

---

[1761] J. –B. RACINE, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme » *in* L. BOY (dir.), *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 446.
[1762] L. BUCHTER, « Repolitiser la diversité ? Une étude des répertoires d'endogénéisation militante des lois antidiscriminatoires », *SociologieS*, 2019, § 6.
[1763] L. B. EDELMAN, S. R. FULLER, I. MARA-DRITA, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *American Journal of Sociology*, nº 6, 2001, p. 1589-641.
[1764] L BERENI, D. PRUD'HOMME, « Servir l'entreprise ou la changer ? Les responsables diversité entre gestion, critique et performance de la vertu », *RFS*, nº 2, 2019, p. 176.
[1765] L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, Chicago, The University of Chicago Press, 2016, p. 249.
[1766] *Ibid*., p. 29.
[1767] *Ibid*., p. 39-40.
[1768] *Ibid*., p. 40.

connaissent des développements singuliers dans l'hexagone[1769], notamment avec la construction d'un droit de la régulation relatif à la diversité.

343. Le contre-feu du paradigme de la diversité – La montée en puissance du droit antidiscriminatoire à compter du début des années 2000 a fait naître pour les organisations un impératif de mise en conformité avec la loi. Derrière les normes relatives à la diversité, elles ont alors envisagé la non-discrimination comme la satisfaction d'un objectif stratégique[1770]. En effet, tandis que la France se dotait d'un cadre de lutte contre les discriminations renforcé en 2001, le monde économique a lancé une contre-offensive pour s'approprier ce nouvel environnement et faire « *de l'obligation* [une] *opportunité pour l'entreprise* »[1771]. Sous la menace de se voir « *imposer la diversité du recrutement* »[1772], elles ont cherché à peser sur les autorités et le droit antidiscriminatoire en se montrant volontaires[1773]. Elles se sont pour cela inspirées des pratiques de firmes multinationales qui, dès les années 1970, développèrent leur propre norme de non-discrimination[1774]. Cependant, elles ont aussi très vite exploité ce volontarisme de façon à le rendre compatible avec leurs prérogatives et leurs objectifs managériaux. Sous couvert d'internalisation, le dispositif de protection des droits a été ainsi « *managérialisé* »[1775]. Cette managérialisation opère sur le langage du droit et ses instruments. La norme devient un acte de management[1776].

344. Un cadre discursif renouvelé – L. Bereni a montré comment par un travail de « *transcodage* »[1777] de la rhétorique du droit de la lutte contre les discriminations à la grammaire

---

[1769] V. not. P. BARRAUD DE LAGERIE, E. BETHOUX, A. MIAS et *al*., « La mise en œuvre du devoir de vigilance : une managérialisation de la loi ? », *Droit et société*, n° 106, 2020, p. 699-714.

[1770] Sur cette figure, M. MERCAT-BRUNS, « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *RDT*, n° 1, 2020, p. 25-41.

[1771] D. ALIS, M. FESSER, « Diversité : de l'obligation à l'opportunité pour l'entreprise » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *Tous différents. Gérer la diversité dans l'entreprise*, Paris, Édition d'organisation, 2006, p. 121-33.

[1772] MINISTERE DE L'EMPLOI, DU TRAVAIL ET DE LA COHESION SOCIALE, *Plan de cohésion sociale*, 2004, p. 42, Programme 20.

[1773] R. HUËT, « Les chartes sociales dans les organisations » *in* P. DE LA BROISSE, T. LAMARCHE (dir.), *Responsabilité sociale : vers une nouvelle communication des entreprises ?*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2006, p. 122 ; A. JUNTER, R. SENAC, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, 2010, n° 114, p. 173 ; A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 332.

[1774] V. par ex. sur le Code Sullivan (1977) en Afrique du Sud, E. CEDIEY, « Comment l'*affirmative action* vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, n° 17, 2002, p. 152 et suiv.

[1775] V. L. B. EDELMAN, S. R. FULLER, I. MARA-DRITA, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *op. cit*.

[1776] En ce sens C. NICOD, « Négociation collective et management : des rencontres inédites ? », *SSL*, n° 1576, 2013, p. 93-101.

[1777] P. LASCOUMES, « Rendre gouvernable : de la "traduction" au "transcodage". Analyse des processus de changement dans les réseaux d'action publique » *in* J. CHEVALLIER, C. GAUTIER, C. HAROCHE (dir.), *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996, p. 335.

managériale de la gestion de la diversité, les acteurs économiques se sont employés à minorer, voire à effacer symboliquement les références juridiques, morales ou militantes du registre de l'antidiscrimination jugées trop rigides et déconnectées des codes du milieu économique[1778]. Pour « *donner aux entreprises envie d'y aller* »[1779], les termes jugés austères, culpabilisants ou militants comme « lutter contre », « antidiscrimination » ou « égalité » ont été écartés au profit de mots ou d'expressions parés d'un sens positif, tels que « diversité » ou allant « au-delà du droit ». Non seulement ces formules relativisent la dimension contraignante du droit en donnant l'impression que son respect est un minimum, mais surtout elles laissent entendre que ce respect est déjà acquis[1780]. De la même façon, les acteurs économiques ont puisé dans le répertoire des sciences sociales et du droit des notions qui estompent l'attitude discriminatoire. Ainsi, les « discriminations systémiques » ou « indirectes » ont été opportunément substituées au « racisme », au « sexisme » ou à l'« homophobie » pour gommer la figure de l'auteur de la discrimination[1781]. La stratégie des acteurs entrepreneuriaux, rapidement relayée par les instances publiques, a également consisté à construire un discours du *business case* associant la diversité à la performance et au profit afin de « *retourner la contrainte en dynamique* »[1782]. Dans cette veine, il ne s'agit plus « *de présenter la discrimination comme un délit, mais comme un gâchis économique et une perte de dynamisme pour la société tout entière. Le propos n'est plus centré sur la garantie des droits et la préservation de l'ordre public, mais sur la promotion de la "diversité"* »[1783]. En un mot, « *si la lutte contre les discriminations est une contrainte, la diversité est une opportunité de richesses* »[1784].

345. Une rationalité instrumentale – Les opérateurs de la diversité ont ensuite entrepris d'intégrer le droit antidiscriminatoire à la raison technique de l'entreprise. Ils ont adopté d'eux-mêmes de nouvelles normes pour se conformer au cadre de la non-discrimination. C'est ce type de normes que L. B. Edelman qualifie de droit « *endogène* »[1785]. Avec les codes de conduites,

---

[1778] L. BERENI, « "Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise". La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 97.
[1779] L. BERENI, « Le discours de la diversité en entreprise : genèse et appropriations », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 16.
[1780] L. BERENI, « "Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise" […] », *op. cit.*, p. 97.
[1781] *Ibid.*
[1782] P. ROZENBLATT, « De l'antidiscrimination à la diversité : un essai de lecture sociologique de la coopération et de la conflictualité entre droit et management », *SSL*, n° 1576, 2013, p. 86-92.
[1783] G. CALVES, « Sanctionner ou réguler : L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, n° 4, 2008, p. 42.
[1784] Selon un responsable des RH *in* M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 62.
[1785] V. L. B. EDELMAN, « Legality and the Endogeneity of Law » *in* R. A. KAGINA, M. KRYGIER, K.I. WINSTON (dir.), *Legality and Community*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2002, p. 187-202.

chartes, label, référentiels de bonnes pratiques ou conventions et accords professionnels, les entreprises ont incorporé la gestion de la diversité dans la boîte à outils des routines de l'organisation (formation, indicateurs, chiffrage, plans d'action, rédaction de procédures, audits, *reporting*, etc.). Axé sur « *une action douce* »[1786], « *par capillarité* »[1787], ce processus technique a pris le contrepied de l'arsenal répressif déployé par la puissance publique. Cette rationalité instrumentale a permis de traduire en critères d'efficacité la lutte contre les discriminations pour atteindre les buts que se sont donnés les entreprises avec de façon optimale[1788].

346. Essaimage – Ces déterminants de la managéralisation du droit sont nettement perceptibles dans les travaux traitant de la diversité rendus au début des années 2000. Tant le rapport écrit pour l'Institut Montaigne par L. Méhaignerie et Y. Sabeg, futur Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, que celui produit par D. Versini sur la diversité dans la fonction publique, reprennent les éléments constitutifs de cette stratégie[1789]. La conquête de la sphère administrative témoigne de la rapidité fulgurante avec laquelle le phénomène a dépassé le champ de l'entreprise. R. Sénac voit ainsi dans la promotion de la diversité dans les administrations publiques, « *l'expression d'une managérialisation de la fonction publique dans un État post-moderne* »[1790]. La création d'une Délégation interministérielle à l'encadrement supérieur de l'État à la suite de la convention managériale de l'État du printemps 2021, dont l'une des missions est la promotion de la diversité, va dans ce sens[1791]. Or, l'appropriation des injonctions juridiques au travers de normes relatives à la diversité conduit parfois à mettre le droit de la non-discrimination à distance[1792].

[1786] B. LIBERT, fondateur et président d'honneur d'Alliances, membre du comité national de la charte de la diversité aux entrepreneurs pour la cité *in* J. ALAKTIFF, M. DOYTCHEVA, « Normation de la diversité en entreprise. Qu'en est-il des discriminations ethno-raciales ? », *Gestion de la diversité*, 2018, p. 7.

[1787] *Ibid.*

[1788] A. SOUBIRON, « Entre "égalité des chances" et "diversité" : les reformulations du problème des inégalités d'accès et de succès dans les grandes écoles en France » *in* M. BENNINGHOFF (dir.), *Inégalités sociales et enseignement supérieur*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2012, p. 84.

[1789] L. MEHAIGNERIE, Y. SABEG, *Les oubliés de l'égalité des chances. Participation, pluralité, assimilation… ou repli ?*, Institut Montaigne, 2004 ; D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, 2004.

[1790] R. SENAC, « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néoliberale », *RFAP*, nº 153, 2015, p. 172.

[1791] Art. 2, 3º décr. nº 2021-1775 du 24 décembre 2021 *relatif à la délégation interministérielle à l'encadrement supérieur de l'État, aux délégués ministériels à l'encadrement supérieur et au comité de pilotage stratégique de l'encadrement supérieur de l'État* qui confie à cette administration la promotion de la diversité.

[1792] En ce sens, L. BERENI, V. –A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, nº 94, 2011, p. 30.

§ 2 – La marginalisation du droit

347. Position du problème – Plan – La marginalisation du droit ne se comprend qu'en miroir historique d'une action publique balbutiante et d'un contentieux faiblement volumineux, finalement assez peu menaçant en comparaison de celui que connaissaient les organisations américaines[1793]. À la lumière des travaux de L. B. Edelman, ces conditions ont été propices au développement d'un processus d'endogénéisation du droit[1794]. Dans ce contexte, appelés à développer des solutions nouvelles au problème de la discrimination, les professionnels en ont en fait redéfini la nature de façon à éloigner la contrainte et la sanction juridiques. Dans ces conditions, il existe un risque que les normes relatives à la diversité aboutissent à affaiblir la portée du droit de la non-discrimination plus qu'à la renforcer (A). À l'extrême, leur dévoiement peut le heurter frontalement (B). Toutefois, ces effets ne sont pas systématiques. Les risques sont réels, parfois concrétisés, mais il est difficile sans l'appui d'un travail de terrain de connaître leur véritable ampleur. À suivre J. Vrielink, l'idée est donc plutôt d'« *être conscient des embûches* [afin de] *"faire la différence" pour les éviter* »[1795].

A – L'affaiblissement du droit de la non-discrimination

348. Plan – Deux facteurs semblent susceptibles d'affaiblir le droit de la non-discrimination. Sur la forme, une normativité volontaire risque de donner l'apparence que les acteurs agissent, alors qu'il n'en est rien (1). Sur le fond, la hiérarchisation des composantes de la diversité par public cible, leur isolement les unes des autres, peut conduire à mettre en œuvre ces normes selon des exigences qui se situent en deçà de celles du droit de la non-discrimination, au risque d'altérer sa substance (2).

1 – Le travestissement du droit de la non-discrimination

349. Parures symboliques – Aux États-Unis, une des conclusions que tire L. B. Edelman sur l'endogénéisation managériale du droit est que l'implication des acteurs et des ressources dans la gestion de la diversité suscite des dispositifs qui visent surtout à montrer une conformité procédurale et symbolique au droit, plus qu'à en faire un véritable outil de correction des

---

[1793] L. BERENI, V. –A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *op. cit.*, p. 30.
[1794] L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights, op. cit.*, p. 44-5.
[1795] J. VRIELINK, « Le droit de l'égalité fait-il la différence ? Les effets du droit antidiscriminatoire à la lumière des recherches en sciences sociales » *in* J. RINGELHEIM, G. HERMAN, A. REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 66.

différences de traitement illégitimes. Les normes portant sur la diversité servent d'abord les intérêts de l'organisation à des fins stratégiques[1796]. De ce fait, elles produisent essentiellement des effets de communication et d'image, au risque de travestir l'objectif de lutte contre les discriminations en tombant dans l'écueil de l'incantation et de l'autocélébration d'une « *diversité-paillettes* »[1797]. Si cette expression fait référence aux petits objets brillants utilisés comme accessoires de mode ou de fêtes, A. Tandé rappelle que les paillettes sont aussi employées comme dispositif militaire de leurre largué par les avions de chasse pour détourner les engins lancés à leur poursuite[1798]. La première analogie renvoie au succès de la thématique sur la scène publique et la seconde aux effets spécieux des instruments portant sur la diversité pour détourner l'attention du problème des discriminations, tout en prétendant le corriger[1799]. La « *diversité-paillettes* »[1800] a non seulement pour effet pernicieux de faire échec à la mise en conformité avec la loi, mais aussi de contribuer à servir la discrimination, en masquant la réalité de pratiques inchangées derrière un « *pare-vent* »[1801], une sorte de « *blindage* »[1802] instrumental que L. B. Edelman qualifie de structure symbolique[1803].

350. Pour cette auteure, la théorie de l'endogénéité juridique permet d'expliquer pourquoi la législation antidiscriminatoire n'a pas mis fin aux différences de traitement fondées sur la « race » ou le genre au travail. Selon elle, les dispositifs portant sur la diversité sont des structures symboliques qui inhibent le respect des droits de deux manières. D'une part, ils permettent aux organisations de contester plus facilement la mobilisation des droits par les victimes de discrimination, par la contre-mobilisation de ces structures symboliques. En effet, les professionnels ont tendance à minimiser les questions juridiques pour se concentrer sur des préoccupations typiquement managériales, telles que la communication, la médiation, le travail en équipe[1804]. Avec l'internalisation de la résolution des litiges, les plaintes sont requalifiées en

---

[1796] M. –C. PAUWELS, « Le Diversity Management, nouveau paradigme d'intégration des minorités dans l'entreprise ? », *Revue française d'études américaines*, n° 101, 2004, p. 107-22.
[1797] A. TANDE, *Lutter contre les discriminations ethno-raciales et/ou promouvoir la diversité dans le domaine de l'emploi ? Le développement d'une action publique ambiguë en Région de Bruxelles-Capitale (1997-2012)*, Lille, Thèse de doctorat en sciences politiques et sociales, Université Lille 2, Université Libre de Bruxelles, 2013, p. 67.
[1798] *Ibid.*
[1799] *Ibid.*, p. 67 et p. 357.
[1800] *Ibid.*, p. 67.
[1801] M. G. BRUNA, « Dynamique de changement, exercice de la réflexivité et apprentissage managérial dans la conduite d'une démarche transformationnelle de diversité », *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 281-2, 2016, p. 130.
[1802] J. VRIELINK, « Le droit de l'égalité fait-il la différence ? […] », *op. cit.*, p. 61.
[1803] L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, *op. cit.*, 2016.
[1804] L. EDELMAN, M. SUCHMAN, « When the "Haves" Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law », *Law & Society Review*, n° 4, 1999, p. 967.

méprise, confusion et autres malentendus de nature administrative ou de responsabilité individuelle qui peuvent être résolus sans aller en justice, au détriment des biais discriminatoires véritables[1805]. D'autre part, les normes relatives à la diversité modifient la conscience juridique des individus, qui sont alors plus enclins à considérer l'organisation qui s'en revendique comme une entité juste[1806]. À mesure qu'elles s'institutionnalisent, les parties prenantes les associent progressivement à la légalité et à la conformité. L'élévation de la confiance dans la conformité à la loi qu'ils en ont rend moins probable la perception de la violation des droits, voire le dépôt d'une plainte. À plus forte raison, des études ont montré que la détention d'un prix de la diversité par un organisme influençait positivement la perception qu'ont les individus des procédures internes de cette entité, alors même que ces normes organisationnelles sont biaisées[1807]. En s'institutionnalisant, ces appareils normatifs ont aussi influencé la manière dont les acteurs du droit interprètent la loi et la façon dont il faut s'y conformer. À l'instar des parties prenantes, ils finissent par accepter ces dispositifs non seulement comme des moyens d'obtenir la conformité, mais aussi comme des représentations de la conformité et de la légalité. Le juge, les fonctionnaires et le législateur en viennent progressivement à incorporer et finalement à légitimer ces conceptions managériales du droit. À partir d'une étude de cas sur les dispositifs de signalement des discriminations, L. B. Edelman et ses collègues montrent comment les normes d'abord promues par les groupements professionnels sont ensuite adoptées par les organisations pour réduire leurs coûts et symboliser le respect du droit, avant d'être adoubées par les tribunaux qui les introduisent dans leur jurisprudence[1808]. Dans ces conditions, le risque est que les juges omettent de les examiner avec précision, de sorte que des normes inefficaces ou insuffisamment appliquées servent d'indicateurs de conformité aussi facilement que des mécanismes efficaces et effectifs[1809]. En effet, les tribunaux n'ont pas toujours les moyens d'évaluer les structures mises en cause et n'usent que rarement de leurs pouvoirs d'instruction[1810]. Ils sont alors naturellement tentés de se référer aux bonnes pratiques des organisations et de les interpréter comme des preuves de non-discrimination. Ainsi, le

[1805] *Ibid.* ; L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, *op. cit.*, p. 50.
[1806] L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, *op. cit.*, p. 54.
[1807] T. A. KIRBY, C. R KAISER, B. MAJOR, « Insidious Procedures: Diversity Awards Legitimize Unfair Organizational Practices », *Social Justice Research*, nº 2, 2015, p. 168-86.
[1808] L. B. EDELMAN, C. UGGEN, H. S. ERLANGER, « The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth », *American Journal of Sociology*, 1999, nº 105, p. 406-54.
[1809] L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, *op. cit.*, p. 40.
[1810] V. par ex. S. BAGENSTOS, « The structural turn and the limits of antidiscrimination law », *California Law Review*, nº 1, 2006, p. 33 ; N. HOFFSCHIR, V. ORIF, « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *LRDH*, nº 9, 2016.

législateur et le juge invitent les organisations à créer des mécanismes internes que la jurisprudence assimile ensuite au respect des droits, même lorsqu'ils ne font pas réellement avancer leur respect[1811]. Si ces auteurs reconnaissent que les dispositifs relatifs à la diversité ont contribué à rationaliser les procédures, à lutter contre les préjugés et le cas échéant, à permettre aux employés de faire valoir leurs droits, ils considèrent que dans certains cas, ces normes ont aussi contribué à rendre les formes les plus flagrantes et manifestes de discrimination moins courantes[1812]. De leur point de vue, ces mécanismes auraient un effet sur le fond, mais souvent moins que le supposent les tribunaux[1813]. La justice américaine a parfois retenu une présomption favorable aux employeurs qui avaient mis en place de tels dispositifs de conformité[1814]. L'affaire Wal-Mart est souvent citée pour illustrer le crédit qu'ont accordé les juges aux structures internes de lutte contre les discriminations de cette entreprise, au détriment des preuves de discriminations fondées sur le sexe présentées par les requérants[1815]. En définitive, pour L. B. Edelman, les professionnels de la diversité, les employeurs, les employés, les avocats, le législateur et même les juges appréhendent peu à peu les dispositifs de prévention portant sur la diversité non plus simplement comme un moyen de réaliser les droits, mais comme la réalisation de ces droits[1816].

351. Le travestissement de l'obligation juridique ? – Ce regard outre-Atlantique rappelle qu'en France aussi, les normes relatives à la diversité peuvent se réduire à des déclarations d'intention et à des positions éthiques de façade que M. G. Bruna qualifie de « *travestissement volontariste de l'obligatoire* »[1817]. L'endogénéisation juridique portée par la rhétorique managériale transforme subtilement l'obligation de ne pas discriminer en un engagement vague et malléable transposé dans des normes relatives à la diversité. Sous ce regard, il existe une tendance pour les organisations à se tourner vers les mesures qui leur paraissent abordables. L'activisme dont elles se font fort est en fait souvent réduit à un conformisme légal minimaliste. Les opérateurs de la diversité ne vont que rarement au-delà de ce qui est avantageux pour l'organisation, que ce soit en matière d'image ou de sécurité juridique. La liberté dont les

---

[1811] L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights, op. cit.*, p. 93 ; V. L. H. KRIEGER, R. K. BEST., L. B. EDELMAN, « When "Best Practices" Win, Employees Lose […] », *op. cit*.
[1812] L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights, op. cit.*, p. 251.
[1813] *Ibid*., p. 17.
[1814] V. not. L. B. EDELMAN, « Law at Work : the Endogenous Construction of Civil Rights » *in* L.B. NIELSEN, R.L. NELSON (dir.), *Handbook of Employment Discrimination Research : Rights and Realities*, Dordrecht, Springer, p. 337-52.
[1815] CS ÉTATS-UNIS, 20 juin 2011, nº 564 U.S. 338 (2011), *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*.
[1816] L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights, op. cit.*, p. 252.
[1817] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité […] », *op. cit.*, p. 225.

acteurs disposent semble favoriser l'immobilisme et le symbolisme, au détriment de véritables politiques transformatrices. Leur degré d'implication dépend de l'intérêt porté par les instances dirigeantes et d'une réelle volonté politique. Bon nombre d'acteurs se préoccupent de ces questions, sans en faire un enjeu essentiel. Il en résulte une variété de perceptions, d'engagements et d'actions[1818]. En 2009, la HALDE regrettait que les sociétés nationales de programme fonctionnent sur l'idée fausse suivant laquelle la diversité consiste à conduire quelques politiques ciblées par populations au détriment d'efforts ambitieux portant sur tous les aspects de la lutte contre les discriminations[1819]. Sept ans plus tard, le CSA constatait encore que les chaînes proposaient généralement des engagements dans leurs conventions relatives à la diversité qu'elles percevaient comme aisément réalisables et donc amplement respectés ensuite[1820]. P. Deumier et F. Khodri ont tiré des conclusions similaires de leurs observations dans les entreprises cotées en bourse. Elles ont constaté que les politiques de diversité dans les instances dirigeantes des entreprises signataires du code AFEP-MEDEF suivaient essentiellement la loi bien plus qu'elles n'allaient au-delà[1821]. Par conséquent, « *la diversité des compétences et des nationalités, la participation équilibrée des femmes au sein des comités, ne faisant pas l'objet d'obligations législatives, peu d'évolutions peuvent être constatées dans la composition des CA – contrairement à la présence des femmes et de représentants des salariés, thématiques pour lesquelles l'évolution est visible* »[1822]. Le fait que le législateur ait récemment rendu obligatoires dans certaines entreprises la formation et la sensibilisation à l'embauche sur le thème de la non-discrimination n'est pas non plus de nature à renforcer le crédit à accorder au principe d'une régulation traitant de la diversité[1823]. Le CSA avait déjà souligné en 2016 que

---

[1818] APEC, « Représentations et pratiques de diversité dans les entreprises », *Les études de l'emploi cadre*, n° 82, 2015, p. 10.

[1819] HALDE, *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française*, 2009, p. 17.

[1820] CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2016*, 2017, p. 9.

[1821] Ant. AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2016, p. 7, § 6. 2 : « *Chaque 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…)* ».

[1822] E. MAZUYER (dir.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 92. V. art. 5 loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 *relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle*, dont le périmètre a été élargi par art. 67, loi n° 2014-873 du 4 août 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*.

[1823] Art. L. 1131-2 c. trav., art. 214 loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*. Ce type de formation est déjà une obligation dans la fonction publique pour les jurys de concours. V. circ. n° NOR : RDFF1710873C du 3 avril 2017 *relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique*, p. 5-6.

la plupart des chaînes de télévision proposaient ce type de formation uniquement sur la base du volontariat[1824]. L'encadrement de pratiques jusqu'alors volontaires sonne comme un désaveu. Les rapporteurs de la loi se sont d'ailleurs montrés très critiques à l'endroit des entreprises, affirmant ne pas partager « *l'idée que la prévention des infractions de nature pénale puisse uniquement reposer sur la bonne volonté des acteurs économiques* »[1825]. Poussé dans ses retranchements, l'engagement des acteurs ne vaut que pour ce qu'il est et à ce titre, n'appelle pas forcément à l'action. Un responsable de l'ANDRH concédait ainsi que « *certains signent la Charte* [de la diversité] *et font quelque chose ; d'autres la signent et ne font rien* »[1826] : « [Les actions] *je n'en suis pas là !* [ajoute un employeur] *Quand je propose la charte, je promeus les aspects positifs de la diversité en entreprise* »[1827]. Cet aveu est révélateur des forces et faiblesses d'une logique régulatrice fondée sur la souplesse. Elle est susceptible de générer des effets tangibles, comme de rester dans l'ordre du symbolique. Plus encore que les normes traditionnelles, les dispositifs traitant de la diversité peuvent être bavards, voire verbeux. Les organisations en ont parfaitement conscience et jouent parfois de cette ambiguïté. Il y aurait une véritable distinction à faire entre, d'une part, les déclarations d'intentions qui traduisent les valeurs de l'organisation et relèvent de la prise de conscience de l'entité émettrice, et d'autre part, des normes organisationnelles qui définissent le comportement à adopter et emportent de véritables prescriptions[1828]. Toutefois, même lorsque les normes relatives à la diversité sont appliquées avec conviction, leur logique intrinsèque risque d'altérer le droit à la non-discrimination. À cet égard, la thèse de l'endogénéité symbolique invite à mettre en perspective l'attitude du juge américain avec celle de son homologue français. Ce dernier se réfère occasionnellement aux dispositifs normatifs relatifs à la diversité dans le contentieux discriminatoire[1829]. Si de l'avis de L. B. Edelman cette simple référence relève d'un niveau relativement faible d'endogénéité juridique qui n'interfère pas avec le respect de la non-discrimination, le précédent américain invite le juge à maintenir un regard critique sur ces

[1824] CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité […]*, *op. cit.*, 2016, p. 26.
[1825] R. HAMMADI, P. BIES, M. –A. CHAPDELAINE, *Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, en nouvelle lecture, le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à l'égalité et la citoyenneté*, AN, nº 4191, 2016, p. 317.
[1826] E. LÉPINARD, P. SIMON, *From integration to antidiscrimination… to diversity? Antidiscrimination politics and policies in French workplaces*, Commission européenne, 2008, p. 16.
[1827] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 66.
[1828] P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, nº 23, 2013, p. 1564-70.
[1829] CA Douai, 31 mai 2017, nº 1271/17 ; CA Lyon, 13 décembre 2013, nº 13/01545, *D. c. SAS Casino services* ; CA Paris, 3 décembre 2009, nº 07/04887.

normes, à plus forte raison avec la montée en puissance de la *compliance*[1830]. Ce contexte fait notamment penser à la décision de la Cour de cassation qui pose que « *l'employeur, tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, notamment en matière de discrimination, doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés* »[1831]. En vertu de cette jurisprudence, sa responsabilité n'est pas automatiquement engagée dès lors que survient une discrimination dans l'entreprise. Il faut démontrer qu'il a commis une faute qui repose sur une double appréciation. D'abord, il n'a pas pris toutes les mesures pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ensuite, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer une discrimination ou un harcèlement, il n'a pas pris les mesures immédiates propres à faire cesser le comportement illicite[1832]. Cette jurisprudence a préfiguré l'évolution du droit international, puisqu'une convention adoptée par l'OIT quelques mois plus tard impose aux États membres d'adopter une législation prescrivant aux employeurs de prendre des mesures appropriées correspondant à leur degré de contrôle pour prévenir la violence et le harcèlement dans le monde du travail[1833]. Il y a là matière à renforcer le poids des normes relatives à la diversité, ce qui ne manquera pas, en tout cas il faut l'espérer, d'amener le juge à examiner avec attention ces dispositifs. Pour l'instant, il est encore un peu tôt pour observer une tendance jurisprudentielle, mais le juge semble se montrer favorable aux employeurs[1834].

2 – L'altération du droit de la non-discrimination

352. Plan – Les figures de la non-discrimination sont multiples. M. Mercat-Bruns en identifie au moins quatre : le respect de la dignité humaine, la transformation des normes sociales, la valorisation de l'autonomie individuelle et enfin la satisfaction d'un objectif de gestion[1835]. Les normes relatives à la diversité s'inscrivent à tout le moins dans cette dernière perspective. Or, cette logique utilitariste est susceptible d'affaiblir la portée des autres figures

---

[1830] Sur les niveaux d'endogénéité, v. L. B. EDELMAN, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, Chicago, The University of Chicago Press, 2016, p. 200.
[1831] Soc., 30 janvier 2019, n° 17-28.905 : *Juris associations*, n° 595, 2019, p. 10 obs. D. CASTEL.
[1832] Art. L. 4121-1 et L. 4121-2 c. trav. V. not. B. BOSSU, « La responsabilité de l'employeur en cas de discrimination : le regard du travailliste », *DS*, n° 4, 2020, p. 348-52.
[1833] Art. 9 Conv. de l'OIT n° 190 *concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail*, 21 juin 2019 (non ratifiée par la France au 31 décembre 2021).
[1834] Pour une illustration, v. par ex. CA Paris, 3 mars 2020, n° 19/03159 : « *la cour retient également que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de sécurité s'agissant d'un fait* [de harcèlement discriminatoire selon la plaignante] *dont il n'a pu empêcher le risque alors même qu'il justifie avoir pris des mesures de prévention nécessaires notamment en matière de harcèlement* [par la mise en place d'une commission « diversité »] *et qu'il a depuis signé la Charte de la diversité* ».
[1835] M. MERCAT-BRUNS, « Les différentes figures de la discrimination au travail […] », *op. cit.*, p. 25-41.

de la non-discrimination (a). Au-delà de ces contradictions téléologiques, la régulation relative à la diversité peut appauvrir le contenu de ce droit (b).

a – Les contradictions téléologiques avec le droit de la non-discrimination

353. Position du problème – L'association de la non-discrimination et de l'égalité à la logique incitative de la diversité ne va pas de soi. La critique ne porte pas sur la diversité en tant que norme, mais plutôt sur ce que la dialectique utilitariste qui lui sert de moteur fait aux personnes considérées et par extension, aux figures de la non-discrimination. L'enjeu est important, car ces effets vont à l'encontre de la réalisation de l'égalité à laquelle aspire la non-discrimination. Le point de départ de cette réflexion se trouve dans la « *connotation essentiellement positive en vertu de laquelle la diversité sociale constituerait un avantage en toute société* »[1836]. Par conséquent, sa « *raison d'être serait à trouver dans la maximisation de l'utilité collective* »[1837]. Ce faisant, la rhétorique utilitariste tente de contourner les apories de deux approches schématiques de l'égalité : l'égalité au risque de l'indifférenciation ou la différence au prix de la discrimination. Dans le premier cas de figure, l'absence de considération pour les différences comporte un risque de *statu quo* voire de renforcer des discriminations, dès lors que les distinctions illégitimes sont rendues invisibles par l'égalité formelle de traitement. Dans la seconde configuration, la prise en compte des différences implique au contraire un risque de les entériner, entravant ainsi la marche vers l'égalité. L'argument utilitariste tente de sortir de ce paradoxe en faisant des différences une richesse[1838]. En raisonnant selon une dialectique de la diversité, comme hier de la mixité ou de la parité, il deviendrait possible d'atteindre « l'égalité dans la différence ». Il ne s'agit donc pas de mettre l'accent sur les différences biologiques, mais sur les effets attendus de ces différences. Dans cette perspective, ces effets pourraient être valorisés et répartis de façon à en maximiser le bénéfice. Par suite, l'irréductibilité entre les notions d'égalité et de différence pourrait être dépassée en justifiant leur inclusion au nom de leur valeur ajoutée économique et sociale[1839]. Seulement, ce dépassement se fait au prix de nouveaux paradoxes qui vont à l'encontre des buts de la non-discrimination.

[1836] B. CAGNON (dir.), *La Diversité québécoise en débat*, Québec, Éd. Québec Amérique, 2013, p. 11.
[1837] L. BERENI, A. JAUNAIT, « "Usages de la diversité" », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 6.
[1838] Sur l'exposé de cette tentative, A. –F. BENDER, F. PIGEYRE, « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Colombelles, EMS Éditions, 2010, p. 83-100, spéc. 88-7.
[1839] R. SENAC, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 171.

354. Une aporie – D'abord, il y a un paradoxe à reconnaître chacun comme différent, à vanter la diversité pour son intérêt et en même temps à chercher à combattre les discriminations. La combinaison de la performance à la différence aboutit à la formulation d'une injonction paradoxale que dénonce G. Calvès : « *tu ne discrimineras point (i.e. tu traiteras chacun sans considération de son origine), mais la diversité tu adoreras (i.e. tu analyseras et valoriseras l'origine de chacun)* »[1840].

355. Une essentialisation – Ensuite, ce paradoxe trouve un prolongement dans une seconde contradiction qui consiste à valoriser l'apport économique et social des différences au risque de tomber dans un discours plus stéréotypé et essentialisant que libérateur. Les débats sur la parité ont déjà offert l'illustration de ce problème dans les démocraties libérales. En effet, « *comment remédier à une exclusion fondée sur une identité de groupe, une identité assignée, sans faire de cette identité la raison de l'inclusion ? Sur le plan de la représentation abstraite, la question était de savoir si les femmes pourraient jamais se détacher suffisamment de leur personnification de la différence des sexes pour devenir des "individus"* »[1841]. Or, si la parité est à l'origine d'une redistribution des places favorables aux femmes, elles demeurent encore trop souvent assignées à travers leurs missions ou leurs fonctions comme complémentaires plus que véritablement égales aux hommes[1842]. Le « leadership au féminin » articulé autour de schémas stéréotypés fondés sur l'empathie ou la communication bienveillante est un bon exemple de l'essentialisation de la question de la mixité. L'essentialisation est le mécanisme qui assigne et réduit une personne à une seule dimension – par exemple son origine, son orientation sexuelle ou sa maladie. Ce phénomène tend à attribuer à la personne un rôle et des qualités spécifiques, au détriment de tout ce qui fait la singularité de chaque être[1843]. Des caractéristiques sociales telles que le sexe, l'assignation ethno-raciale ou le handicap, sont des marqueurs de différenciation entre des groupes sociaux inégaux qui sont mis en équivalence avec des traits personnels, tels que le talent, le savoir-être, le parcours, l'expérience, la créativité, etc. Dans tous les pays où le discours de la diversité s'est répandu, la même dynamique d'euphémisation des rapports sociaux asymétriques et de mise en visibilité des

---

[1840] G. CALVES, « Inégalités et justice sociale : le piège de la "diversité" » *in* V. PEILLON (dir.), *Inégalités et justice sociale. Débats et défis contemporains*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2008, p. 182.
[1841] J. W. SCOTT, *Parité ! L'universel et la différence des sexes*, Paris, Albin Michel, 2005, p. 63.
[1842] R. SENAC, « Les pièges essentialistes de la parité et de la diversité » *in* J. LAROCHE, Y. POIRMEUR (dir.), *Gouverner les violences. Le processus civilisationnel en question. Mélanges Armelle Le Bras-Chopard*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 112.
[1843] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 2017, p. 13.

différences individuelles a été constatée[1844]. Pour en revenir au cas français, les qualités spécifiques corrélées aux cultures, aux catégories sociales, aux trajectoires de vie associée à la diversité ne risquent-elles pas de recouvrir des stéréotypes convenus[1845] ? D'autres exemples peuvent être trouvés dans le marketing ethnique lorsqu'il s'agit d'exploiter le potentiel de reflet des collaborateurs et de miser sur l'apport supposé de leurs différences. Dans cet ordre d'idées, l'argument selon lequel la diversité dans les *boards* est censée « *exercer une critique constructive des décisions de la direction et* [ouvrir] *aux idées innovantes, battant ainsi en brèche le phénomène de la "pensée de groupe", caractérisé par la similitude des points de vue* »[1846] est critiquable. Ce type de lecture de la différence contribue à essentialiser les personnes, comme s'il existait une automaticité entre le fait d'être porteur de ladite différence et de penser de manière homogène. Cette justification est assez révélatrice des biais d'une idéologie libérale consistant à rechercher dans les politiques de diversité un avantage socio-économique. En niant le processus d'infériorisation des personnes discriminées et en le justifiant par l'apport supposé des différences naturelles et sociales, l'argument de la diversité risque d'entretenir une infériorisation raciste ou sexiste bienveillante. Certains auteurs considèrent en effet que la rhétorique utilitariste de la diversité traduit « *une conception néolibérale de l'égalité actualisant un néo-essentialisme dans la dépolitisation d'un néosexisme et d'un néoracisme justifiés au nom d'un pragmatisme vertueux* »[1847]. Décomplexés, ces phénomènes gagnent en respectabilité dans le glissement d'un essentialisme biologique aux effets excluant à un essentialisme utilitariste paré de vertus positives, intégratrices et performantes. R. Sénac souligne combien la transformation de facteurs de discrimination en facteurs d'inclusion conditionne l'égalité à la performance de la différence. Inclus pour la plus-value de leur singularité, les personnes discriminées sont enjointes de « *"performer" leur. s différence. s, au sens à la fois de les rentabiliser et de les théâtraliser* »[1848]. Les particularismes sont mis en concurrence, comme dans les recommandations de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) aux opérateurs de

---

[1844] L BERENI, « La diversité, ruse ou dévoiement de l'égalité ? », *L'Observatoire*, n° 56, 2020, p. 31.
[1845] M. DURU-BELLAT, « La diversité : esquisse de critique sociologique », *Notes & Documents*, n° 2011-03, 2011, p. 4.
[1846] § 18 préambule, dir. n° 2014/95/UE du PE 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*. V. ég. dans une perspective intersectionnelle Com. n° COM(2020) 152 final du 5 mars 2020 de la Commission au PE, au Conseil, au CESE, au Comité des régions, *Une Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025*, p. 16.
[1847] R. SENAC, *L'égalité sous conditions […]*, *op. cit.*, p. 184. Dans le même sens, G. CALVES, « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *Alternatives Économiques*, n° 358, 2016, p. 75.
[1848] R. SENAC, *L'égalité sous conditions […]*, *op. cit.*, p. 30.

marché de « *faire en sorte que les candidats présélectionnés pour devenir membres de leur organe de direction couvrent au moins un des domaines* […] *liés à la diversité qui n'est actuellement pas représenté au sein de l'organe de direction* »[1849]. Le référentiel du marché contribue ainsi à moderniser et à normaliser l'égalité dans la différence que dénonçait déjà S. de Beauvoir, en rappelant que cette formule est empruntée aux lois Jim Crow qui distinguaient les Noirs d'Amérique des Blancs[1850].

356. En dernière analyse, R. Sénac invite à se demander si la partition qui a entrainé l'exclusion historique des femmes et des personnes racisées de l'égalité des droits n'est pas en train d'être rejouée derrière les arguments en faveur de cette inclusion proactive[1851]. La mise en valeur des membres des groupes discriminés ne renouvelle-t-elle pas paradoxalement un ordre genré et racialisé puisant dans les représentations collectives qui ont structuré l'ordre social et juridique ? Tel qu'il est présenté, le problème de la diversité est sélectif. Personne ne se soucie de l'apport à la performance économique et sociale des personnes ayant telle ou telle « *couleur de cheveux* »[1852] ou « *forme de tête* »[1853] par exemple. Pour l'auteure, l'attention portée sur les hiérarchisations genrées et racialisées suit une imbrication des ordres naturel, social, politique et économique dont le registre de la performance légitime la persistance et la réactualisation[1854]. En justifiant la lutte contre les discriminations en référence aux singularités des individus, la rhétorique utilitariste perpétuerait le « *mythe républicain de la complémentarité des non-frères par sa modernisation* »[1855]. Dans ce registre biopolitique, les qualités naturelles, culturelles, sociales associées aux personnes discriminées « *incarnent une mise en scène d'une complémentarité incompatible avec l'égalité* »[1856]. Sous cet angle, l'argumentaire en faveur de la diversité perpétuerait un impensé de la République entre « *"frère" et* […] *"non-frère", au sens d'exclu. e. s de la fraternité républicaine* »[1857].

[1849] AEMF, *Orientations relatives à l'organe de direction des opérateurs de marché et des prestataires de services de communication de données*, nº ESMA70-154-271 FR, 2017, p. 16, § 46.
[1850] S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième sexe I – Les faits et les mythes*, Paris, Gallimard, réed., 2001, p. 24.
[1851] R. SENAC, « L'égalité française est-elle un mythe ? », *France Culture*, 28 mars 2019.
[1852] J. STUART MILL, *L'asservissement des femmes*, Paris, Payot, 1975 cité *in* R. SENAC, *L'égalité sous conditions […]*, *op. cit*., p. 76.
[1853] B. BRECHT, *Têtes rondes et têtes pointues*, Paris, L'Arche, 2011 cité *in ibid*.
[1854] R. SENAC, *L'égalité sous conditions […]*, *op. cit*., p. 191.
[1855] R. SENAC, « Les pièges essentialistes de la parité et de la diversité », *op. cit*., p. 109-123.
[1856] R. SENAC, *L'égalité sous conditions […]*, *op. cit*., p. 29-30.
[1857] *Ibid*., p. 8.

357. Or, l'enjeu de l'égalité n'est pas de savoir si ou « *pourquoi l'égalité est meilleure pour tous* »[1858]. Le projet politique de l'égalité traduit dans le système juridique est précisément de subsumer les différences. Le principe d'égalité « *a ceci de fondamental, qu'il n'est pas seulement un droit parmi d'autres, mais une exigence tutrice et transversale, qui conditionne l'application des autres droits fondamentaux. Il ne fonde pas seulement un "droit à l'égalité", il est plus profondément un "droit à l'égalité des droits"*[1859] »[1860]. À cet égard, de nombreux auteurs s'accordent sur la nécessité de sortir de la rhétorique de l'égalité sous condition de performance et de faire primer « *l'égalité sans condition* »[1861]. La démarche des organisations ne devrait pas être guidée par le *business case* ou ces ersatz utilitaristes, mais bien par le souci d'égaliser et d'élever les conditions de chacun, en rendant les espaces sociaux plus inclusifs, donc plus justes. L'utilitarisme est une impasse pour l'effectivité des droits. Il faut reconnaître que chacun a « *droit à l'égalité des droits* »[1862] débarrassée de toute considération de ce type. Les droits et libertés fondamentaux des individus se suffisent à eux-mêmes. L'« *égalité n'a pas à être "performante"* »[1863].

b – L'appauvrissement du droit de la non-discrimination

358. Position du problème – Plan – En pratique, la norme relative à la diversité induit souvent une « *priorisation de l'obligatoire* »[1864] qui la place en deçà de la vigilance due à tous les aspects des différences de traitement illicites en vertu du droit de la non-discrimination. Les organisations sont amenées à définir directement dans la norme ou lors de son application le ou les publics sur lesquels ils vont concentrer leurs efforts. Ce faisant, ils font primer certains critères sur d'autres, souvent avec pour effet de favoriser le morcellement du droit par la dilution des motifs discriminatoires (α). Le Défenseur des droits a souvent eu l'occasion de souligner ce problème et d'appeler les opérateurs de la diversité à rester vigilants sur l'ensemble des critères pour agir de manière transversale[1865]. Cette recommandation rappelle que les normes

---

[1858] K. PICKETT, R. WILKINSON, *Pourquoi l'égalité est meilleure pour tous*, Paris, Les petits matins, 2013. Les auteurs dépouillent des milliers de données pour démontrer la valeur ajoutée de l'égalité.
[1859] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et *al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 8e éd., 2008, p. 866.
[1860] J. –M SAUVE, « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination » *in* DDD, *Colloque 10 ans de droit de la non-discrimination*, 2015, p. 11.
[1861] R. SENAC, *L'égalité sans condition. Osons nous imaginer et être semblables*, Paris, Rue de l'échiquier, 2019.
[1862] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN et *al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 866.
[1863] R. SENAC, « L'égalité n'a pas à être "performante" », *Observatoire des inégalités*, 29 janvier 2016.
[1864] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité comme processus de légitimation organisationnelle. Cadrage théorique et exemples empiriques », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, no 1, 2017, p. 225.
[1865] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, p. 18-9, spéc. au regard du motif de l'origine.

qui traitent de la diversité ont un caractère auxiliaire, qu'elles sont insuffisantes pour assurer le respect des droits. Leur caractère volontaire ne saurait suppléer l'absence d'injonction juridique en comparaison des critères du sexe ou du handicap par exemple, motifs pour lesquels le législateur a souhaité donner des orientations précises[1866]. En outre, cet investissement sélectif a souvent pour corollaire de négliger l'étendue du risque discriminatoire au regard de situations de fait complexes (β).

α – Un cantonnement à certaines catégories d'action

359. Plan – Le droit de la régulation relatif à la diversité porte en lui le risque de la dilution des motifs de la discrimination (i) et par suite, de l'impasse sur certains critères (ii).

i – La dilution des motifs

360. Un effet diluant – Les travaux sur la régulation économique ont mis en exergue un phénomène de dilution des normes, un risque auquel n'échappe pas le droit de la non-discrimination lorsqu'il s'agit de considérer les effets de la régulation relative à la diversité[1867]. Une des critiques adressées à la gestion de la diversité depuis les États-Unis est sa contribution à la dilution de l'action antidiscriminatoire par l'éparpillement des catégories d'action au risque de voir les mesures engagées perdre en effectivité. Dans les années 1990, les dispositifs de conciliation entre la vie familiale et professionnelle ou de lutte contre le harcèlement sexuel outre-Atlantique ont opéré un recentrage sur le genre au détriment d'autres motifs de discrimination, et notamment le critère ethno-racial[1868]. Le même reproche est adressé aujourd'hui aux dispositifs traitant de la diversité en Europe. À force d'envisager le principe des composantes de la diversité sous l'angle de critères toujours plus nombreux (genre, âge, orientation sexuelle, etc.) et dans une perspective indirecte à la lutte contre les discriminations (la qualité de vie au travail), la spécificité des différents groupes est perdue de vue[1869]. Sous ce rapport, le Défenseur des droits a reproché aux normes traitant de la diversité d'avoir concurrencé l'émergence de la lutte contre les différences de traitement fondées sur

[1866] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […], op. cit.*, p. 18.
[1867] Sur cet effet en général, v. Y. GAUDEMET, « La régulation économique et la dilution des normes », *RDP*, n° 1, 2017, p. 26-36.
[1868] L. BERENI, « La fabrique entrepreneuriale des politiques antidiscriminatoires » *in* C. MUSSELIN, L. BERENI, D. S. KING et *al.*, « Symposium sur Inventing Equal Opportunity de Frank Dobbin », *Sociologie du travail*, n° 2, 2011, p. 194-215, § 9.
[1869] A. TANDE, *Lutter contre les discriminations ethno-raciales […], op. cit.*, p. 46.

l'origine[1870]. Dans le même ordre d'idées, des auteures se sont inquiétées de voir le problème du genre être fondu dans celui de la diversité, avec la crainte que celle-ci occulte le poids des rapports sociaux de genre et de la division genrée du travail[1871]. En effet, ces déterminismes structurent les trajectoires des femmes dans le milieu professionnel et la sphère familiale. Ils étayent les inégalités entre les hommes et les femmes et les discriminations qui frappent ces dernières à raison de leur sexe. Pour cette raison, la fusion des Labels égalité et diversité a été critiquée, malgré l'avenir alors compromis du Label égalité[1872]. Plus largement, l'accent mis sur l'individu éclipse aussi les mécanismes discriminatoires plus complexes. La gestion de la diversité par composantes rend invisibles les situations de discriminations multiples, c'est-à-dire qu'elle néglige les situations de croisement ou de cumul de critères discriminatoires[1873]. Le critère du genre par exemple est caractérisé par son universalité, il transcende les autres motifs de discrimination. C'est tout l'enjeu des approches multiples ou intersectionnelles que d'appréhender les situations caractérisées par le cumul et l'interaction entre plusieurs motifs de discrimination. De nombreux stéréotypes attestent de la réalité de ces pratiques au sujet des femmes, des homosexuels, des hommes d'origine étrangère, des résidents des quartiers défavorisés, etc. À rebours d'une approche segmentée, ces entrées de la discrimination obligent à considérer le problème du point de vue des personnes discriminées, tel qu'il se manifeste par exemple dans les situations de discrimination spécifique qui caractérisent les femmes perçues comme « non-blanches », à la fois victimes du racisme et du sexisme[1874]. Même si la discrimination multiple n'est pas consacrée par le législateur et qu'elle est diversement reconnue par le juge[1875], il aurait été justement possible de s'attendre à ce qu'elle soit mieux prise en compte par des normes qui se donnent pour ambition d'aller au-delà du droit.

361. L'incidence de la fragmentation légale des motifs sur les engagements volontaires en faveur de la diversité – Cette dilution des motifs n'est pas du seul fait des acteurs

---

[1870] DDD, *Rapport discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 40.
[1871] J. LAUFER, « L'égalité professionnelle hommes-femmes – Une mise en perspective » *in* I. BARTH, C. FALCOZ, *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 42.
[1872] R. SILVERA, « Égalité et diversité : ni avec, ni sans toi… L'histoire de deux labels » *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, p. 53.
[1873] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, DARES, n° 182, 2014, p. 47 ; S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, p. 487 ; A. CORNET, « Le genre et la diversité : les enjeux de l'intersectionnalité et de la transversalité » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS, 2010, p. 47-63.
[1874] J. LAUFER, « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, p. 48.
[1875] V. *supra* § 272 et suiv.

organisationnels. Depuis quelques années, le législateur met un point d'honneur à se saisir de nouveaux critères de discrimination, ajoutés à des listes bâties à la hâte et sans souci de cohérence[1876]. Cette inflation tend à fragmenter la discrimination en une multitude de cas qui nuisent à une approche globale du problème. Certains motifs prohibent des distinctions inhérentes à la personne humaine (comme l'origine, le sexe, l'apparence physique, le handicap, l'âge, les caractéristiques génétiques), d'autres relèvent d'un état (de santé, de grossesse, de vulnérabilité résultant de la situation économique, de la perte d'autonomie), de l'identité sociale (que ce soit l'identité de genre, la situation de famille, le patronyme, la religion, le lieu de résidence, la domiciliation bancaire, la capacité à s'exprimer dans une autre langue), des comportements (les mœurs, l'orientation sexuelle) ou des opinions (les opinions politiques, les activités syndicales)[1877]. Pour D. Tharaud, la ferveur du législateur l'a parfois conduit à prendre ses distances avec les idées préconçues, les stéréotypes ou les préjugés, parfois inconscients, au cœur de la discrimination directe[1878]. Alors qu'elle se distingue normalement d'une inégalité produite par le jeu socioéconomique – même si les deux phénomènes d'exclusion se recoupent fréquemment en pratique – certains motifs ne correspondent plus à ce fondement discriminatoire. Ils reposent au contraire sur une réalité précise que le législateur s'emploie à saisir avec exactitude. L'interdiction est liée à ce que la personne a fait et non à ce qu'elle est. La loi réprime des représailles ou des mesures de rétorsion bien plus que des préjugés. Tel est le cas du fait d'avoir exercé son droit de grève[1879], d'avoir dénoncé un crime ou un délit ou d'avoir eu une activité de lanceur d'alerte[1880]. En l'occurrence, le législateur confond motif discriminatoire et situation discriminatoire. Les dispositions en cause cherchent à répondre à un « *sens faible* »[1881] de la discrimination, considérée comme toute différence de traitement injustifiée résidant dans une différence de situation[1882]. Le droit glisse ainsi de « *l'intérêt porté*

[1876] G. CALVES, « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *D.*, nº 26, 2016, p. 1500.

[1877] S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *LRDH*, nº 9, 2016, § 67. Pour d'autres classifications plus ou moins proches, v. par ex. M. SWEENEY, « Les critères discriminatoires - Vision du travailliste », *DS*, nº 4, 2020, p. 293-7 ; T. GRÜNDLER, « Tous discriminés ? », *RDLF*, chron. nº 5, 2017.

[1878] D. THARAUD, « Pour une réforme des motifs de discrimination, et peut-être un peu plus… », *RGD*, nº 30226, 2019.

[1879] Art. L. 1132-2 c. trav.

[1880] Art. L. 1132-3-3, al. 1er et 2 c. trav. ; art. L. 4122-4, al. 1er et 2 c. défense. Ou encore d'avoir subi ou refusé de subir des faits de bizutage (art. 225-1-2 c. pénal) ou de harcèlement sexuel (art. 225-1-1 c. pénal), d'exercer certaines fonctions professionnelles comme un mandat de représentant des salariés à la chambre d'agriculture (art. L. 515-1 c. pénal) ou le fait d'être conseiller en radioprotection (art. R. 4451-119 c. trav.).

[1881] D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *DS*, nº 11, 1988, p. 790.

[1882] Le « *sens fort* » de la discrimination correspond alors à « *l'exclusion de certaines personnes en tant qu'elles appartiennent à un groupe défini par des caractéristiques intrinsèques, naturelles, sur lesquelles les intéressés*

à l'Homme situé à celui de la situation dans laquelle se trouve un Homme »[1883]. La frontière s'estompe entre le rééquilibrage des « *différences de situations contingentes* »[1884] et la lutte contre la discrimination. Sans préjudice de la difficulté de cibler les publics selon une approche universelle des motifs discriminatoires – alors que le droit en protège désormais plusieurs dizaines – il est donc tentant de voir leur dilution dans les mesures traitant de la diversité comme un effet dérivé du propre éparpillement du législateur. Bien que ce dernier n'ait peut-être pas la primeur historique, il n'en demeure pas moins que la loi est parfois complice de cet effet diluant en incitant directement à sélectionner les composantes de la diversité. En ce sens, l'article L. 22-10-10 du Code de commerce oblige les grandes sociétés à décrire leur politique de diversité en matière de gouvernance d'entreprise « *au regard de critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications et l'expérience professionnelle* »[1885]. L'emploi de ces termes en ouverture de liste les invite à la sélection, de telle sorte que cet effet est renforcé et du même coup, le risque de ne pas porter une attention suffisante à tous les critères prohibés.

362. L'influence de l'intelligibilité des motifs sur les engagements volontaires en faveur de la diversité – La propension des opérateurs de la diversité à délaisser certains aspects doit aussi sans doute à la moindre lisibilité des motifs discriminatoires. Par exemple, « *l'"appartenance ou [la] non-appartenance à une religion déterminée" (code pénal) a-t-elle le même sens et la même portée que les "convictions religieuses" (code du travail), les "opinions religieuses" (code de la fonction publique) ou "la religion" au sens de la loi du 27 mai 2008 portant des dispositions d'adaptation au droit communautaire ?* »[1886]. Le juge lui-même ne fait pas montre d'une grande rigueur pour appréhender les critères prohibés. Derrière le même signifiant, les magistrats peuvent donner des signifiés différents[1887]. Dans ces conditions, quelle importance accorder aux motifs alors que de nombreuses juridictions s'abstiennent de préciser le fondement sur lequel elles statuent, requalifient ou évincent le(s)

n'ont pas prise, telles que la race ou le sexe ». V. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *op. cit.*, p. 790.

[1883] D. THARAUD, « Pour une réforme des motifs de discrimination, et peut-être un peu plus… », *op. cit*.

[1884] D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences » *in* A. FENET, G. SOULIER (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 121.

[1885] Art. L. 22-10-10, 2° c. com. V. aussi art. 1er, 2), a) dir. n° 2014/95/UE *du PE et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la dir. 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*.

[1886] G. CALVES, « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *op. cit*.

[1887] M. SWEENEY, « La définition jurisprudentielle des motifs discriminatoires » *in* DDD, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, 2018, p. 57.

motif(s) avancé(s) par le plaignant[1888] ? Certains d'entre eux sont plus en vue que d'autres dans la jurisprudence, notamment en droit du travail où prédomine les droits et obligations traditionnels de nature individuelle ou collective (discrimination syndicale, liée à la maternité ou à la grossesse, à l'inaptitude, l'état de santé ou à l'âge)[1889]. De même, certains motifs semblent plus faciles à établir que d'autres, mais s'effacent aussi en présence d'autres, comme le sexe devant l'activité syndicale[1890]. La Cour de cassation a elle-même donné le ton à une hiérarchisation des motifs, en modulant l'étendue de la réparation accordée à la discrimination selon le critère visé[1891]. Ainsi, la sélection des composantes de la diversité souffrirait des mêmes travers que le droit de la non-discrimination et la jurisprudence, travers qui influencent sans doute la façon dont les opérateurs de la diversité conçoivent et appliquent les normes relatives à la diversité. Ces difficultés expliquent sans doute la disposition des organisations à se tourner vers des publics bien balisés.

ii – L'impasse sur certains motifs

363. Position du problème – Parmi les angles morts des composantes de la diversité figurent l'orientation sexuelle, la santé ou l'apparence physique qui, pourtant, est un facteur d'exposition majeur aux discriminations lors de l'embauche[1892]. À titre de comparaison, l'orientation sexuelle est largement intégrée dans les entreprises de culture anglo-saxonne, mais elle est bornée par le droit au respect de la vie privée dès lors que l'employeur ne saurait contraindre une personne à révéler des éléments de sa vie privée à des fins d'identification[1893]. En réponse à cette fragmentation, les organisations ont été invitées par le Défenseur des droits à se saisir des négociations dans le cadre de la qualité de vie au travail pour développer une approche

---

[1888] V. respectivement B. BOSSU, (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2014, p. 21 ; Soc., 8 avril 1992, nº 90-41.276 ; TA Cergy Pontoise, 15 octobre 2013, nº 1101769.

[1889] M. MERCAT-BRUNS, « Confluence des critères discriminatoires en Europe, révélatrice de discriminations systémiques ? » *in* DDD, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, 2018, p. 167.

[1890] M. MERCAT-BRUNS, J. PERELMAN (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 92-4.

[1891] Soc., 15 novembre 2017, nº 16-14.281 : *RDT*, nº 2, 2018, p. 132 note M. MERCAT-BRUNS.

[1892] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 19 ; C. FALCOZ, « Les discriminations oubliées : le cas de l'orientation sexuelle » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 101 ; C. PERRIN-JOLY, A. –M. DE VAIVRE, « De l'impensé des questions de santé dans les politiques de diversité » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 358-62 ; J. DUFLOS, O. HIDRI NEYS, « Entre perceptions accrues et recours marginaux : le paradoxe des discriminations selon l'apparence physique à l'embauche », *Les cahiers de la LCD*, nº 6, 2018, p. 99-117.

[1893] Sur ce critère, v. C. FALCOZ, « Les discriminations oubliées : le cas de l'orientation sexuelle », *op. cit.*, p. 101.

transversale et inclusive de la discrimination[1894]. Pour l'heure, il est proposé de s'intéresser plus précisément à deux impasses : l'âge et le critère ethno-racial. Le premier parce qu'il surprend par sa place *a priori* de premier plan parmi les trois critères les plus souvent abordés par les organisations. Le second parce qu'il avait été placé dès l'origine au cœur des démarches autorégulées portant sur la diversité.

364. L'exclusion du jeune âge – La détermination des publics de la diversité dans un cadre régulé illustre les rapports complexes de l'âge et de la discrimination[1895]. Au cours de leur investissement sélectif des composantes de la diversité, les organisations trouvent dans l'âge un critère d'intérêt et plutôt consensuel, car il rencontre d'autres thèmes forts comme la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou les retraites et la question de l'allongement des durées de cotisation. Pourtant, en dépit du fait que l'âge est souvent exploité dans les normes relatives à la diversité, la sociologue M. Doytcheva révèle que le jeune âge comme motif de discrimination avérée est un angle mort qui ne fait l'objet d'aucun effort réflexif[1896]. L'âge, en tant que composante importante de la diversité au travail, se construit au profit de la séniorité et au détriment d'une réflexion sur l'entrée des jeunes en emploi.

365. Un impensé discriminatoire – Le droit est mutique sur cet aspect de la discrimination, ce qui semble se prolonger dans les instruments portant sur la diversité. L'âge est énoncé dès 1997 dans l'article 13 du Traité d'Amsterdam qui donne compétence à la communauté européenne pour lutter contre les discriminations, puis dans la directive instaurant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement dans l'emploi, mais il n'est pas défini[1897]. Les articles 10 et 19 du TFUE organisent la lutte contre la discrimination au motif de l'âge sans préciser la notion, de même que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui les prohibe sans plus de détail. La loi de 2001 qui a transposé ce motif en droit national n'apporte aucun complément d'information sur la manière de prendre en compte la discrimination en fonction de différentes cohortes d'âges[1898]. Certes, le droit n'ignore pas totalement ce problème. L'action publique fondée sur l'âge est contrôlée au regard de la

---

DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 80 ; art. L. 2242-1 c. trav. (négociation collective obligatoire).

[1895] Pour un autre aspect de ce problème, M. MERCAT-BRUNS, « Les rapports entre vieillissement et discrimination en droit : une fertilisation croisée utile sur le plan individuel et collectif », *LRDH*, n° 17, 2020.

[1896] M. DOYTCHEVA, « Âge et ethnicité dans les politiques de diversité : quelle intersectionnalité ? », *Agora débats/jeunesses*, n° 85, 2020, p. 109.

[1897] Art. 1er, dir. n° 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*.

[1898] Art 1er, loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations*.

directive qui autorise les différences de traitement fondées sur l'âge lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs 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[1899]. Cependant, la jurisprudence concerne surtout des politiques de retraite ou d'emploi ciblées sur les salariés âgés[1900]. De façon générale, les discriminations fondées sur l'âge sont faiblement visibles dans l'emploi[1901], en particulier les discriminations indirectes[1902]. Quelques décisions se penchent sur la légalité de systèmes de classification différenciés liant les tranches d'âges les plus jeunes à une rémunération moins élevée[1903]. Le critère de l'âge du salarié, apprécié au regard de sa capacité physique, peut également constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de la directive, mais uniquement pour certains métiers[1904]. Mais il semble que seul un arrêt des juges luxembourgeois, précédé d'une décision QPC du Conseil constitutionnel[1905], se soit intéressé à la discrimination à raison du jeune âge[1906]. Pour la doctrine, ce silence traduit une absence de réflexion relative aux préjugés sur le jeune âge et notamment de leur articulation éventuelle avec des différences de traitement justifiées fondées

---

[1899] Art. L. 1133-2 c. trav. ; art. 6 dir. nº 2000/78/CE, *op. cit.*

[1900] V. par ex. CJUE, ch., 26 février 2015, nº C-515/13, *Tekniq.*

[1901] M. MERCAT-BRUNS, A. PALLARES CASTANY, « La faible visibilité juridique de la discrimination dans l'emploi fondée sur le jeune âge », *Agora débats/jeunesses*, nº 74, 2016, p. 63-75.

[1902] CE, chr., 25 novembre 2020, nº 434920 (à propos de la réforme de l'indemnisation du chômage, rejet) ; CE, chr., 8 novembre 2019, nº 401264 (à propos des conditions de classement dans le corps des magistrats des TA et CAA des conseillers nommés à la sortie de l'ENA, rejet) ; Soc., 19 octobre 2010, nº 08-45.254 (à propos d'un licenciement économique touchant les seniors plutôt que les jeunes, rejet) ; Soc., 30 avril 2009, nº 07-43945 (à propos du plafonnement des indemnités de licenciement à 12 ans d'ancienneté, rejet).

[1903] V. par ex. CJUE, ch., 18 juin 2009, nº C-88/08, *Hütter* ; CJUE, ch., 19 juin 2014, nº C-501/12, *Specht* ; CJUE, gr. ch., 11 novembre 2014, nº C-530/13, *Schmitzer* ; CJUE, ch., 21 janvier 2015, nº C-529/13, *Felber* ; CJUE, ch., 28 janvier 2015, nº C-417/13, *Starjakob* ; CJUE, ch., 9 septembre 2015, nº C-20/13, *Unland* ; CJUE, ch., 16 juin 2016, nº C-159/15, *Lesar* ; CJUE, ch., 8 mai 2019, nº C-24/17, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* ; CJUE, ch., 8 mai 2019, nº C-396/17, *Leitner* ; CJUE, ch., 10 octobre 2019, nº C-703/17, *Krah*.

[1904] Art. 4, § 1, dir. nº 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*. La prise en compte de l'âge est justifiée par une exigence professionnelle pour le métier d'agent de police de terrain (CJUE, ch., 13 novembre 2014, nº C-416/13, *Vital Pérez*), alors qu'elle est une discrimination directe pour le recrutement d'agents de police locale dont les missions ne nécessitent pas de capacités physiques opérationnelles (CJUE, gr. ch., 15 novembre 2016, nº C-258/15, *Sorondo*).

[1905] Cons. const., 13 juin 2014, nº 2014-401 QPC, *M. David V.*

[1906] CJUE, ch., 1er octobre 2015, nº C-432/14, *O. c. Bio Philippe Auguste SARL*, § 40. En l'occurrence, l'article L. 1243-10, 2º c. trav. dispense l'employeur de verser une indemnité de fin de contrat lorsque celui-ci a été conclu avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires. La CJUE considère que la législation nationale ne viole pas la dir. nº 2000/78/CE à raison de l'âge, car le jeune travailleur étudiant n'est pas dans une situation comparable à celles d'autres travailleurs en contrat à durée déterminée. Elle confirme que le législateur pouvait traiter de manière différente deux catégories de travailleurs en contrat précaire, sans violer l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge.

sur l'âge dans les politiques sociales de l'emploi[1907]. Par suite, cet impensé paraît se prolonger dans les dispositifs traitant de la diversité, car eux aussi font l'impasse sur l'exposition de la jeunesse à la discrimination.

366. Les facteurs de risque discriminatoire – En effet, les dispositifs traitant de la diversité semblent en retrait de situations plus complexes mettant en scène des critères, pratiques ou dispositions apparemment neutres qui peuvent s'avérer défavorables aux jeunes travailleurs ou aux jeunes candidats à l'embauche et qui échappent aux radars antidiscriminatoires. Le recrutement ou la promotion sont particulièrement exposés : « *la demande par l'employeur de certains diplômes plus valorisés dans le passé, l'appartenance à certains réseaux professionnels qui facilitent la cooptation des plus anciens pour le recrutement ainsi que l'exigence d'une expérience professionnelle constituent des pratiques susceptibles d'exclure les jeunes du marché de l'emploi indirectement et de façon systémique* »[1908]. La primeur accordée à l'expérience, la définition très formelle et décontextualisée des compétences à partir de nomenclatures qui épousent les contours des capitaux socioculturels en amont des processus de recrutement, font que les opérateurs de la diversité ne perçoivent pas le risque discriminatoire. De leur point de vue, l'invisibilité ou l'absence des jeunes est souvent expliquée par une vision carencée de ce public. Leur exclusion est légitime[1909]. Les organisations se rabattent vers des dispositifs compensatoires centrés sur l'égalité des chances, censés offrir un traitement préférentiel en matière d'emploi (apprentissage, stage, parrainage, tutorat, etc.)[1910]. Ces mesures, également privilégiées par l'action publique, associent le jeune âge à un éventail de vulnérabilités sur le marché du travail et favorisent les stéréotypes. La jeunesse est souvent confondue avec une image stéréotypée. Il faut la cadrer, la contrôler, l'éduquer, rarement l'émanciper[1911]. L'action publique participe à la construction d'un statut ambivalent du jeune, par des dispositions qui contribuent sans doute à les desservir indirectement autant qu'elles peuvent les accompagner par ailleurs. Alors que le problème des discriminations fondées sur le jeune âge est escamoté, la différence de traitement à raison de l'âge mûr s'installe « *comme incarnation par excellence de la* [question de] *l'âge* »[1912] dans les

[1907] M. MERCAT-BRUNS, A. PALLARES CASTANY, « La faible visibilité juridique de la discrimination […] », *op. cit.*, p. 70.
[1908] M. MERCAT-BRUNS, A. PALLARES CASTANY, « La faible visibilité juridique […] », *op. cit.*, p. 73.
[1909] M. DOYTCHEVA, « Âge et ethnicité dans les politiques de diversité […] », *op. cit.*, p. 112.
[1910] Pour une étude de ce type de mesures, v. *infra* § 423 et suiv.
[1911] *Ibid.*, p. 114.
[1912] *Ibid.*

dispositifs traitant de la diversité. En outre, ces catégories cognitives négatives sont susceptibles d'être exacerbées et démultipliées par certaines pratiques professionnelles de promotion de la diversité. En se tournant vers la figure du « jeune de cité » ou « issu de l'immigration » pour reprendre le vocabulaire utilisé par les employeurs, les opérateurs de la diversité réactivent et vivifient un certain nombre de stéréotypes intersectionnels. M. Doytcheva montre que « *les identités racisées sont "juvénilisées", voire "infantilisées", en actualisant les représentations négatives attachées aux jeunes âges ("ingrats", "pas motivés", "paresseux" et "mal habillés")* »[1913]. Ainsi, « *le racisme n'est pas perçu comme tel puisque les identités juvéniles et populaires parlent à la place des catégories racisées et qu'elles sont prises pour une représentation objective de la réalité* »[1914]. Pour ces personnes, c'est la double peine, puisqu'elles sont déjà marginalisées par ailleurs en raison de l'appréhension racisée qu'autrui a d'elles.

367. La marginalisation du problème des discriminations ethno-raciales – Fait notable, alors que les instruments portant sur la diversité visaient initialement le critère de l'origine ethno-raciale, ce motif semble avoir été ultérieurement délaissé dans le traitement de la question de la diversité[1915]. Lorsqu'il émerge pour rendre compte des nouvelles orientations de la fonction publique à la fin des années 1990, le paradigme de la diversité est focalisé sur la dimension ethno-raciale. Il est un nouvel euphémisme pour désigner les descendants des personnes issues de l'immigration. Cet usage se prolonge dans les médias, les partis politiques ou les entreprises et se retrouve dans les premières normes volontaires, comme la Charte ou l'ANI[1916]. Pourtant, le spectre de la diversité accueille rapidement de nouvelles composantes qui aboutissent à adjoindre à la catégorie ethno-raciale un ensemble plus vaste et non limité de

---

[1913] *Ibid.*
[1914] *Ibid.*
[1915] V. par ex. R. BOUCHAREB, « L'action syndicale face aux discriminations ethno-raciales », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 78 ; DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 18 ; M. DOYTCHEVA, « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 113-4 ; H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 26 ; E. QUERNEZ, « "Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés" : construction et mitigation d'un risque socio-racial », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 61.
[1916] V. par ex. M. – F. MALONGO, *Présence et représentation des minorités visibles à la télévision française*, Paris, CSA, 2000 ; Y. SABEG, L. MEHAIGNERIE, *Les oubliés de l'égalité des chances. Participation, pluralité, assimilation… ou repli ?*, Institut Montaigne, 2004 ; C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France*, Rapport au Premier ministre, 2004 ; L. BLIVET, *Ni quotas, ni indifférence. L'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, 2004 ; D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, 2004 ; G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la DGAFP, 2005 ; É. KESLASSY, *Ouvrir les grandes écoles à la diversité*, Institut Montaigne, 2006.

facteurs de diversification, tels que l'âge, le handicap, le genre, le lieu de résidence, la parentalité, etc. Dans la mesure où le faible investissement de la dimension ethno-raciale ne peut se justifier comme le résultat d'une solide mobilisation qui aurait éradiqué ce problème, cette sélection doit s'analyser comme un choix délibéré des organisations. Tout se passe comme si la définition par les acteurs de leur propre grille de lecture de la diversité conduisait à requalifier, voire à éviter la question du racisme et des discriminations ethno-raciales.

368. Facteurs explicatifs – Le phénomène n'est pas nouveau, pas plus qu'il n'est propre aux atours de la régulation. Il tient d'abord à la difficulté de « *nommer les groupes discriminés pour mieux combattre la discrimination* »[1917]. Dès la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, le critère ethno-racial a été mis à distance par le législateur, avant qu'il ne renforce encore cette distanciation au milieu des années 2010 avec la formule de « *prétendue race* »[1918]. Par la suite, la discrimination ethno-raciale n'a eu de cesse d'être fondue dans d'autres motifs prohibés. Si le volume contentieux de ce type de discrimination est faible, le nombre de plaintes ou de recours ne constitue pas à lui seul un indicateur pertinent et révélateur pour évaluer les risques et l'état de la situation discriminatoire dans une organisation. Leur « *dé-juridictionnalisation* »[1919] peut s'expliquer par d'autres raisons (diverses appréhensions du droit de la non-discrimination par le juge, difficultés d'identifier les pratiques discriminatoires, d'en apporter la preuve ou d'accéder au contentieux)[1920]. En outre, celui-ci préfèrera souvent condamner pour un autre motif moins coûteux à l'égard du principe d'égalité[1921].

[1917] J. RINGELHEIM, « Nommer les groupes discriminés pour mieux combattre la discrimination : la fin d'un tabou ? », *Recherche & formation*, n° 89, 2018, p. 83-94.

[1918] G. CALVES, « "Il n'y a pas de race ici". Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, n° 17, 2002, p. 173-86 ; art. 86 loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle* ; art. 70 loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique*.

[1919] G. CALVES, « Répression des discriminations : l'adieu aux armes » *in* V. CHAMPEIL-DESPLATS, N. FERRE (dir.), *Frontières du droit, critique des droits : billets d'humeur en faveur de D. Lochack*, Paris, LGDJ, 2007, p. 47.

[1920] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 33. Sur ces questions, v. par ex. N. DEMARD, « La "stratégie contentieuse" » en matière pénale » *in* CASS, CE, CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, DDD, *Colloque 10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, 2015, p. 105-16 ; D. ANDOLFATTO, C. BUGNON, L. DECHATRE et *al*., *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016 ; M. MERCAT-BRUNS, J. PERELMAN (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination […]*, *op. cit.*, 2016.

[1921] V. par ex. Crim., 12 septembre 2000, n° 00-80.175 (activités syndicales) ; CJUE, gr. ch., 19 janvier 2010, n° C-555/07, *Kücükdeveci* (âge).

369. L'évitement auquel se livrent les organisations dans la construction de leurs actions portant sur la diversité peut aussi s'expliquer par la reconnaissance tardive de ce type de discrimination en France, mais encore par la sensibilité de la question au regard des principes juridiques et la complexité d'identifier les populations visées. Le problème épouse également la difficulté à nommer sans discriminer qu'illustrent les débats sur les catégories et les statistiques dites ethniques[1922]. Cette inertie est sans doute en partie due au fait que les acteurs croient qu'en l'absence officielle de telles statistiques, il leur est impossible de prendre la mesure du problème et d'agir[1923]. Peut-être aussi que cela les arrange de le croire. En comparaison de la situation étatsunienne où par son indétermination et son caractère multidimensionnel le paradigme de la diversité a permis de diminuer la visibilité de la prise en compte du facteur ethno-racial, dans l'Hexagone, la latitude permise par les normes volontaires débouche sur un investissement sélectif et paradoxalement au recul, voire à l'éviction, du problème du racisme et des discriminations ethno-raciales[1924]. Pour les sociologues, cet effacement va jusqu'à façonner la construction institutionnelle des managers de la diversité, une profession largement féminisée et occupée par des femmes perçues comme « blanches », ce que les sociologues ont identifié comme étant une forme de « *réalisme identitaire* »[1925] indiquant la place marginale de ce problème dans les dispositifs traitant de la diversité et l'attachement à un modèle national *color-blind*[1926]. L'AFNOR elle-même, en tant qu'organisme certificateur, découragerait les organisations de certifier la diversité ethno-raciale[1927]. Dans les collectivités comme dans les entreprises, le Label diversité a conduit conformément à un schéma national plus large, à un effacement de l'action contre les discriminations ethno-raciales au profit d'une action interne centrée sur l'égalité des sexes, les seniors et le handicap[1928]. Pour

---

[1922] Sur la question de la suppression de la référence à la « race », v. par ex. N. MALHERBE, « Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot "race" de notre Constitution ? », *D.*, n° 15, 2013, p. 1012.

[1923] D. SABBAGH, « Sous couvert de diversité les entreprises se conforment à des obligations préexistantes », *Observatoire des inégalités*, 11 février 2010. Sur la mesure de la diversité, v. *infra* § 554 et suiv.

[1924] A. TANDE, *Lutter contre les discriminations ethno-raciales et/ou promouvoir la diversité dans le domaine de l'emploi ? Le développement d'une action publique ambiguë en Région de Bruxelles-Capitale (1997-2012)*, Lille, Thèse de doctorat en sciences politiques et sociales, Université Lille 2, Université Libre de Bruxelles, 2013, p. 368.

[1925] J. D. SKRENTNY, *After Civil Rights. Racial Realism in the New American Workplace*, Princeton, Princeton University Press, 2013 cité par L. BERENI, C. NOUS, « La valeur professionnelle de l'identité. Racialisation, genre et légitimité managériale à New York et à Paris », *Sociétés contemporaines*, n° 117, 2020, p. 99-126.

[1926] V. L. BERENI, C. NOUS, « La valeur professionnelle de l'identité […] », *op. cit.*, p. 99-126.

[1927] J. ALAKTIFF, M. DOYTCHEVA, « Normation de la diversité en entreprise. Qu'en est-il des discriminations ethno-raciales ? », *Gestion de la diversité*, 2018, p. 17.

[1928] L. BERENI, R. EPSTEIN, M. TORRES, « Colour-blind diversity : how the "Diversity Label" reshaped antidiscrimination policies in three French local governments », *Ethnic and Racial Studies*, n° 43, 2020, p.1942-60. Exceptés certains cas exceptionnels, comme le département de la Seine Saint-Denis.

renforcer la mobilisation contre ce type de discrimination, l'idée d'améliorer « *l'ancrage ethnique* »[1929] de cet outil a été avancée par les pouvoirs publics, mais n'a pas trouvé à se concrétiser[1930]. Prenant acte de cette impasse, le Défenseur des droits a invité les acteurs à rester alertes sur ce critère particulièrement sensible, face à la tentation de repli sur soi et à la persistance des préjugés[1931]. En l'absence de cadre juridique permettant de cibler les personnes exposées à ces discriminations, les dispositifs de diversité tendent à se rapprocher de thèmes mieux encadrés par la législation. Et lorsque les acteurs décident malgré tout de s'engager sur cet axe, ils prennent soin d'éviter de nommer ceux qu'ils ciblent en recourant à des stratégies de requalification ou d'euphémisation plus ou moins fondées, comme l'origine sociale et territoriale[1932] ou la nationalité[1933]. La dimension ethno-raciale est dissimulée derrière des qualifications-écrans et cantonnée au recrutement. Les acteurs auront ensuite beau jeu de justifier l'absence de personnes perçues comme « non-blanches » dans leurs effectifs par l'impartialité de leurs procédures de promotion interne et la pénurie de candidats. La conclusion de partenariats avec des organismes chargés de l'insertion professionnelle vient opportunément conforter une logique d'intermédiaires de l'emploi empruntée à une « *commande publique clandestine* »[1934] pratiquée de longue date par les pouvoirs publics. Derrière ce « *bricolage ethnique* »[1935] le problème des discriminations ethno-raciales est devenu un « *critère qui doit suivre* »[1936], qui « *a besoin d'être tiré* »[1937]. En définitive, alors que les composantes de la diversité ont été globalisées pour inclure d'autres aspects, elles doivent désormais être élargies pour l'inclure à nouveau[1938]. L'omission et le contournement délibérés du problème du racisme et des discriminations raciales confortent ainsi l'idée d'un glissement au début du XXI^e^ siècle, « *d'un déni – la réalité était représentée, mais non interprétée et les discriminations raciales*

[1929] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 20.
[1930] PREMIER MINISTRE, *Fiches-Comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme*, 2013, p. 21 ; DILCRA, *2013 : une première année d'action pour apprendre à mieux vivre ensemble*, Rapport d'activité du Délégué interministériel, 2014, p. 26. Sur cet épisode, v. M. DOYTCHEVA, « La diversité normalisée à la française : définitions et rapport au droit », *LRDH*, n° 14, 2018, § 32-8.
[1931] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 18.
[1932] CASINO, *Accord du groupe Casino portant sur la promotion de l'égalité des chances, la diversité, la lutte contre les discriminations en favorisant la cohésion sociale dans l'entreprise*, 14 octobre 2005, p. 8 ; art. 4 à 6, SAINT-GOBAIN, *Accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012.
[1933] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 30.
[1934] O. Rousselle *in* M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 122.
[1935] G. CALVES, *La discrimination positive*, PUF, 4^e^ éd., 2016, p. 115.
[1936] M. DOYTCHEVA, « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualités d'un débat », *Sociologie*, n° 4, 2010, p. 436.
[1937] *Ibid.*
[1938] M. DOYTCHEVA, « La diversité normalisée à la française : définitions et rapport au droit », *op. cit.*, § 39.

demeuraient absentes du débat public – à une dénégation – la réalité est énoncée, mais pour pouvoir être mieux écartée et les discriminations raciales désormais nommées font l'objet d'une euphémisation »[1939]. Comprendre, « *oui, la discrimination existe, mais pas ici précisément ; oui c'est une question importante, mais elle n'est pas "ressortie" ; oui, les personnes minoritaires sont moins présentes dans l'encadrement, mais "nous manquons de CV", etc.* »[1940]. Les reformulations du problème à travers la question de la diversité en ont fait un enjeu politiquement valorisable, mais non dénoncé. Cela permet de ne pas interroger les processus racisés qui sont en cause dans l'extension du phénomène, pas plus que l'« *inscription routinière de la dénégation dans l'idéologie républicaine* »[1941].

β – Une ignorance des dynamiques individuelles et collectives de la discrimination

370. Consistance – Les stratégies segmentées des opérateurs de la diversité ont tendance à négliger certaines dynamiques discriminatoires, fondées sur un enchevêtrement individuel et collectif de différences de traitement. De manière générale, le risque discriminatoire est abordé au regard d'une situation singulière, souvent propre à la relation individuelle entre un individu – qu'il soit candidat, salarié/agent – et une autre personne – généralement chargée du recrutement ou de l'encadrement[1942]. Les effets liés à des décisions stratégiques de l'organisation prises à un autre niveau hiérarchique, à une chaîne de décisions individuelles ou encore qui ont une portée sur le collectif sont ignorés[1943]. Tant les problèmes que les solutions envisagées font l'impasse sur les rouages plus subtils de la discrimination, comme la discrimination systémique, combinaison de discriminations directes et indirectes, d'injonction de discriminer et de harcèlement discriminatoire[1944]. Un exemple peut être trouvé dans le ciblage différencié des catégories professionnelles et de la hiérarchie dans l'organisation[1945].

[1939] D. FASSIN, « Du déni à la dénégation. Psychologie politique de la représentation des discriminations » *in* D. FASSIN, E. FASSIN (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 141. *Pro* E. BOGALSKA-MARTIN, E. DOUTRE, T. JOUBERT et *al*., « Paradoxes des actions non discriminantes engagées par les entreprises et les collectivités territoriales », *Vie sociale*, n° 4, 2006, p. 51.

[1940] M. DOYTCHEVA, « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 121-2.

[1941] M. EBERHARD, « Habitus républicain et traitement de la discrimination raciste en France », *Regards sociologiques*, n° 39, 2010, p. 76.

[1942] En ce sens, M. MERCAT-BRUNS, « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *RDT*, n° 1, 2020, p. 25-41.

[1943] *Ibid*.

[1944] CPH Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051. V. ég. CS CANADA, 25 juin 1987, n° 1 R.C.S. 1114, *Action travail des femmes v. Canadian National Railway Co*., p. 1139.

[1945] M. DOYTCHEVA, « De l'égalité professionnelle à la production de la diversité : discriminations et politiques du genre au travail », *HAL*, n° halshs-00944834, 2014, p. 11.

En dépit de l'investissement massif en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le risque discriminatoire lié à la précarisation des emplois faiblement qualifiés, qui sont aussi souvent très féminisés, est délaissé[1946]. Ainsi, les dispositifs qui traitent de la diversité s'accommodent très bien d'une segmentation de l'encadrement supérieur, axée sur les cadres à haut potentiel, très majoritairement issues de très grandes écoles et laissant dans l'ombre toutes les autres femmes et la division sexuée du travail[1947]. Par ailleurs, la focale définie sur les processus internes de gestion des ressources humaines occulte la question des discriminations vécues par les clients ou par les usagers dans l'accès aux biens et services, notamment aux services publics. Au reste, le risque de couvrir de manière incomplète les champs de la discrimination se double de la menace d'un détournement de la norme relative à la diversité.

B – Le dévoiement de la norme relative à la diversité

371. Position du problème – L'instrumentation du paradigme de la diversité sans obligation, « *même lorsqu'elle est apparemment destinée à fonder ou justifier des droits ou des libertés individuelles, peut aboutir paradoxalement au résultat opposé : contester des droits durement acquis* »[1948]. Cette idée d'un dévoiement des normes relatives à la diversité est empruntée à B. Dubrion et E. Mazuyer qui l'utilisent pour qualifier les limites de la rencontre du droit et du management en matière de RSE[1949]. Si le terme semble fort de prime abord, il faut bien voir que détournés de leurs finalités originelles, ces instruments pourraient être discriminants. Le propos n'est pas de suggérer que le dévoiement constitue la règle, ni même qu'il est insurmontable. Il s'agit plutôt de montrer que mal utilisées ou manipulées, ces normes peuvent s'avérer contreproductives, voire dangereuses. Ces limites sont illustrées par plusieurs critères ou situations litigieuses particulièrement problématiques. La réflexion trouve sa source dans l'oscillation méthodologique et instrumentale entre l'obligatoire et le volontaire qui laisse aux opérateurs de la diversité une marge d'appréciation dans laquelle peuvent venir se nicher des discriminations. Les appréciations portées sur le jeune âge évoquées précédemment en sont un bon exemple. En outre, le choix discrétionnaire des publics peut provoquer, par des effets de

---

1946 *Ibid.*
1947 S. POCHIC, « Quand l'égalité femmes-hommes change de camp : d'une revendication syndicale déniée à un soutien élitiste à la diversification des talents » *in* J. LAUFER, Y. L'HORTY, C. LOUVEAU et *al.* (dir.), *Colloque international du DIM GID. Genre, inégalités, discriminations*, Université Paris Diderot, 27 et 28 juin 2016. V. par ex. AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2020, p. 7, § 7.
1948 R. OGIEN, « Les "valeurs morales" contre les droits », *Raison publique*, nº 6, 2007, p. 47-61.
1949 B. DUBRION, E. MAZUYER, « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques de RSE », *SSL*, nº 1576, 2013, p. 75-84.

seuils, des phénomènes de sélection venant entretenir les exclusions. Les pratiques de certains bailleurs sociaux en sont une illustration[1950]. Le danger évident des normes volontaires est que seule une « *bonne diversité* »[1951] soit approuvée par les opérateurs de la diversité, tenant à l'écart toutes les autres. Aux États-Unis, le philosophe R. Dworkin a souligné les dangers de laisser les universités déterminer elles-mêmes leurs pratiques d'admission, dès lors qu'elles pourraient considérer qu'un critère juridiquement protégé est négatif pour la diversité estudiantine[1952]. Les organisations peuvent être tentées de mettre en concurrence les différents instruments de droit, *soft* et *hard*, dans une logique de moins-disant. Il faut dire que la discrimination n'est pas incompatible avec la rationalité des acteurs, notamment avec la logique économique. Des « *usages sélectifs de la diversité* »[1953] peuvent alors déboucher sur des discriminations plus ou moins subtiles.

372. La perpétuation des exclusions – Outre les réserves formulées par certains auteurs sur l'impact présumé positif de la diversité sur la gestion des organisations, il faut bien voir que l'argument de la performance de la diversité est réversible[1954]. La cohésion, l'uniformité d'un groupe social peuvent tout aussi bien être considérées comme des facteurs de productivité, ainsi que P. Bataille l'a montré dans son ouvrage fondateur sur le racisme au travail[1955]. Certaines entreprises ont des stratégies d'embauche et parfois de promotion de populations d'origine étrangère qui exploitent leur fragilité sur le marché du travail. Sur ce point, la sociologie atteste de l'existence d'un jeu de « *montré/caché* »[1956] de l'origine ethno-raciale et de la religion orchestré par les opérateurs de la diversité et venant perpétuer les discriminations. Dans ce cas de figure, la norme relative à la diversité ne vise plus à certifier et à élever les pratiques, mais est utilisée comme un outil de communication pour renforcer les recrutements ciblés, sur des

---

[1950] V. par ex. CA d'Amiens, 11 mars 2009, n° 08/01120 ; CA Versailles, 18 mars 2016, n° 14/04196, *Société Logirep* et Crim., 11 juillet 2017, n° 16-82.426, *Société Logirep*.
[1951] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 178.
[1952] R. DWORKIN, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 392 cité par E. DESCHAVANNE, « La discrimination positive face à l'idéal républicain : définition, typologie, historique, arguments » *in* CAS, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 163. V. aussi J. KANG, « Negative Action Against Asian Americains », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n° 1, 1996, p. 1-48.
[1953] M. DOYTCHEVA, « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité […] », *op. cit.*, p. 107-23.
[1954] R. B. ADAMS, D. FERREIRA, « Women in the boardroom and their impact on governance and performance », *Journal of Financial Economics*, n° 2, 2009, p. 291-309 ; N. SMITH, V. SMITH, M. VERNER, « Do women in top management affect firm performance ? A panel study of 2 500 Danish firms », *International Journal of Productivity and Performance Management*, n° 55, 2006, p. 569-93.
[1955] P. BATAILLE, *Le racisme au travail*, Paris, La Découverte, 1997.
[1956] A. RABAUD, « "Montré-caché" de l'ethnicité, de la "race" et du sexe dans l'animation socioculturelle », *Raison présente*, n° 178, 2011, p. 71-82.

postes spécifiques et dans l'intérêt de l'organisation[1957]. Certaines entreprises n'hésiteraient pas à mettre en avant ces instruments pour signaler leur ouverture à « *une certaine tolérance* »[1958] à l'égard du fait religieux et attirer ainsi des profils particuliers, notamment de femmes portant un voile. L'engagement sur la diversité devient alors un argument de recrutement dans des secteurs marqués par un important *turn-over* (télémarketing, contentieux, crédit et assurance, restauration, etc.). Si l'exploitation d'une image d'employeur n'a rien d'illégal, la recherche de cette visibilité constitue un des effets pernicieux des pratiques volontaires sur la diversité qui est susceptible de conforter l'exclusion sur le marché du travail. En effet, ce « *retournement de stigmate* »[1959] ne vaut que jusqu'à un certain point. Le marché du travail connaît depuis longtemps une ségrégation professionnelle verticale – par l'assignation de certains individus dans des emplois précaires, peu gratifiants ou sans contact avec la clientèle – ou horizontale – par le recrutement privilégié des personnes ayant immigré ou descendants de personnes ayant immigré dans certaines filières d'emplois en raison de leur supposée proximité avec le public visé, comme dans le secteur socio-éducatif ou les métiers de la sécurité par exemple[1960]. En l'occurrence, M. Doytcheva a constaté que les emplois ouverts à la diversité étaient en fait souvent des postes de « *back-office* », sans contact avec la clientèle[1961]. Certains employeurs n'hésiteraient pas à demander aux personnes qu'elles recrutent en centre d'appels de changer de prénom pour le franciser, ce qui est discriminatoire[1962]. De la même manière, les grands groupes hôteliers communiquent sur leurs engagements à l'égard de la diversité, presque au point de faire oublier la segmentation sexuée et immigrée de la main d'œuvre du personnel de chambres[1963]. Déjà dans l'affaire dite du Moulin rouge, dans laquelle l'Établissement avait été condamné pour discrimination raciale, les salariés perçus comme « non-blancs » n'étaient pas recrutés pour des emplois en salle, mais pouvaient être affectés en cuisine sans contact avec la clientèle[1964]. Ainsi, derrière la norme relative à la diversité, les pratiques managériales sont

---

[1957] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 151.
[1958] *Ibid.*, p. 149.
[1959] *Ibid.*, p. 151.
[1960] V. DE RUDDER, F. VOURC'H, « Les discriminations racistes dans le monde du travail » *in* D. FASSIN, E. FASSIN, *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, 2006, p. 175-94.
[1961] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 149-50.
[1962] M. DOYTCHEVA, « Aux limites de la diversité, la religion : un angle mort des politiques de lutte contre les discriminations », *Confluences Méditerranée*, nº 106, 2018, p. 116. V. par ex. DDD, déc. nº MLD-2016-064 du 23 février 2016 *relative à une discrimination en raison de l'origine* ; Soc., 10 novembre 2009, nº 08-42.286.
[1963] I. PUECH, « Femmes et immigrées : corvéables à merci », *Travail, genre et sociétés*, nº 16, 2006, p. 39-51 ; S. POINT, S. GRÖSCHL, « Luxe, calme et volupté… rime avec diversité ? Invitation au voyage à travers les discours des grands groupes hôteliers » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Colombelles, EMS Éditions, 2010, p. 177-96.
[1964] CA Paris, 17 octobre 2003, nº 03/00387, *Assoc. du restaurant du bal du moulin rouge et a. c. Min. public*.

susceptibles de naturaliser et de domestiquer certaines formes d'altérité[1965]. Selon leurs singularités, les individus sont aiguillés vers des emplois plus ou moins dépréciés, contribuant insidieusement à entretenir des enclaves féminisées, ethnicisées ou handicapées sur des qualifications subalternes[1966]. Il « *se construit ainsi* […] *une diversité cachée, ségrégée dans certains emplois et secteurs d'activité où elle semble moins de nature à "choquer des sensibilités"* »[1967]. Pour la sociologue S. Monchatre, « *loin d'être abolie, la violence des discriminations risque alors de se perpétuer sous la forme d'un enclavement tout au long de la vie* »[1968].

373. L'instrumentalisation – Plus encore, la discrimination a parfois été instrumentalisée pour maximiser ses effets au service de la productivité et du contrôle social des forces de travail. Dans les années 1950, les politiques de management différentialistes émergentes ont consisté à instrumentaliser les ressources humaines et à légitimer certaines discriminations. Sur les chaînes de montage automobiles par exemple, les directions s'ingéniaient à manipuler la diversité des origines et la diversité linguistique pour créer des barrières entre les ouvriers et éviter qu'ils ne se fédèrent pour porter des revendications syndicales[1969]. De plus, la discrimination a longtemps été encastrée dans la rationalité économique en raison des attentes supposées de la clientèle ou tout simplement comme mode de recrutement probabiliste[1970]. Ces précédents rappellent que des engagements sur la diversité détournés de leurs objectifs initiaux peuvent trouver dans le marché du travail un soutien solide[1971]. La sociologue M. Doytcheva le dit sans ambages : la diversité « *n'est pas pour les femmes voilées, peu en faveur de l'homosexualité* [et] *les étrangers* […] *tendraient bien souvent à en être exclus* »[1972]. Dans son

---

[1965] M. DOYTCHEVA, « Diversité et "super-diversité" dans les arènes académiques : pour une approche critique », *Sociétés Plurielles*, n° 2, 2018, p. 17.
[1966] S. MONCHATRE, « Petits arrangements avec la diversité. Le recrutement entre marché et mobilisation salariale », *RFS*, n° 1, 2014, p. 66.
[1967] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 152.
[1968] S. MONCHATRE, « Petits arrangements avec la diversité […] », *op. cit.*, p. 41-72.
[1969] P. ROZENBLATT, « De l'antidiscrimination à la diversité : un essai de lecture sociologique de la coopération et de la conflictualité entre droit et management », *SSL*, n° 1576, 2013, p. 86-92. V. ég. A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 46.
[1970] V. par ex. N. JOUNIN, « L'ethnicisation en chantiers. Reconstructions des statuts par l'ethnique en milieu de travail », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, n° 3, 2004, p. 103-26 ; CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*.
[1971] F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts » *in* F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 15.
[1972] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 178. Dans le même sens, G. GIRAUDO BAUJEU, « Lutter contre les discriminations ou promouvoir la diversité ? », *Les cahiers de la LCD*, n° 1, 2016, spéc. p. 118-20 ; G. GIRAUDO BAUJEU, « Discriminations "acceptables" et racisme "inavouable" dans le travail intérimaire », *Les cahiers de la LCD*, n° 10, 2019, p. 59-71, spéc. p. 66.

enquête menée au sein de l'agglomération lilloise parue en 2015, l'auteure rapporte que l'engagement des entreprises en faveur de la diversité ne les empêche pas de signifier avec insistance à leurs partenaires, leurs attentes de voir les pratiques professionnelles expurgées de toute religiosité. Il y a là l'illustration des effets symboliques d'une norme volontaire qui en réalité masque des pratiques inchangées. Relayée par les intermédiaires de l'emploi qu'elles missionnent, cette exigence de neutralité débouche sur la « *nécessité d'acculturer aux mœurs de l'entreprise française* »[1973] et parfois à écarter les profils de candidats jugés « *trop religieux* »[1974]. Et l'auteure de conclure « *que ce soit le port du voile, le henné, le refus de serrer la main, mais aussi "une manière de se tenir lors de l'entretien", la question confessionnelle aura vite fait dans ce contexte de se transformer en "problème de personnalité", dont les signes religieux ostentatoires ne seraient au final que la face émergée* »[1975].

374. Ces constatations sont étayées par les résultats d'un sondage récent mené auprès d'employeurs de la métropole lyonnaise investis dans la promotion de la diversité. En 2019, 40 % d'entre eux estimaient peu probable de recruter une personne affichant ses convictions religieuses et 20 % ne souhaitaient pas répondre. L'enquête confirme l'existence d'une division sociale du travail dans ces entreprises, en l'occurrence autour de la religion. L'intolérance est forte dans les postes d'encadrement, c'est-à-dire là où l'organisation donne une image d'elle-même, comparée à la masse invisible des salariés chargés des tâches d'exécution. La question du contact avec la clientèle est un autre point critique. Ainsi, le même sondage indiquait que 50 % des organisations estimaient peu probable de recruter une personne affichant ses convictions religieuses sur un poste d'encadrement et 19,4 % ne souhaitaient pas répondre. Elles étaient 47,2 % à et 30,6 % à fournir les mêmes réponses à propos d'un emploi en relation avec la clientèle[1976].

375. Les appels en faveur d'une neutralité religieuse dans l'entreprise se sont multipliés ces dernières années. Au gré des séquences médiatiques et judiciaires, dont l'affaire de la crèche Baby loup est iconique, la tension s'est cristallisée autour de la confession musulmane et notamment du port du foulard islamique au travail. Pourtant, à la différence de la sphère administrative soumise à un principe de neutralité religieuse, l'entreprise est un espace de

[1973] M. DOYTCHEVA, « Intermédiaires et "opérateurs de la diversité" dans les politiques des entreprises », *Sociologies pratiques*, nº 23, 2011, p. 65.
[1974] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 79-82, spéc. p. 82.
[1975] M. DOYTCHEVA, « Aux limites de la diversité, la religion […] », *op. cit.*, p. 110.
[1976] AFMD, *Manager la diversité en métropole lyonnaise*, 2019, p. 30.

liberté[1977]. L'article L. 1321-3 du Code du travail ne dit pas autre chose en disposant que le règlement intérieur ne peut contenir de 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, ou encore de dispositions discriminant les salariés dans leur emploi en raison de leurs convictions religieuses[1978]. Malgré ces règles, il est indéniable que certaines entreprises n'admettent pas tout à fait les pratiques religieuses ou à condition qu'elles soient invisibles[1979]. Dans une situation où les acteurs privés engagés en faveur de la diversité auraient dû se montrer exemplaires au sujet des discriminations religieuses, cela n'a pas forcément été le cas. Le cas de la Charte de la laïcité et de la diversité du groupe Paprec est emblématique des risques de dévoiement des normes volontaires. Adoptée en 2014, ce document imposait un principe de neutralité religieuse dans l'entreprise et interdisait le port de signes religieux. L'entreprise ne cachait pas sa volonté de favoriser une composition de la diversité exclusive de la religion au travail, une situation rapidement dénoncée par les médias[1980]. Or, à l'époque, la loi n'autorisait pas encore les clauses de neutralité. Ladite Charte était donc on ne peut plus litigieuse au regard du droit du travail.

376. Le droit positif a évolué en 2016. La loi autorise désormais les entreprises à inscrire dans leur règlement intérieur un principe de neutralité 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[1981]. En 2017, en réponse à deux questions préjudicielles qui lui étaient posées, la CJUE est intervenue pour déterminer les conditions dans lesquelles la neutralité des entreprises pouvait se concevoir[1982]. Elle a récemment confirmé et précisé ces

---

[1977] V. CE, avis, ssr., 3 mai 2000, n° 217017, *Demoiselle Marteaux* ; CE, ssr., 19 février 2009, n° 311633. Dans l'entreprise, v. par ex. V. FORTIER, « Neutralité et diversité religieuse dans l'entreprise privée » *in* C. RUET (dir.), *Appréhender la diversité : regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Bayonne, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, Lextenso, 2020, p. 273-85.

[1978] Art. L. 1321-3, 2° et 3° c. trav.

[1979] M. DOYTCHEVA, V. CARADEC, *De la lutte contre les discriminations ethno-raciales à la « promotion de la diversité » Une enquête sur le monde de l'entreprise*, Lille, DREES, MIRE, 2008, p. 124-9, spéc. p. 124.

[1980] La version actuellement disponible de cette charte date de 2020, mais le texte ne semble pas avoir significativement évolué. V. PRAPEC, *Charte de la laïcité et de la diversité*, 2014 ; COSNARD D., « Un chef d'entreprise se met hors la loi pour relancer le débat sur la laïcité », *Le Monde*, 10 février 2014 ; C. OZIEL, « La charte de la laïcité du groupe Paprec pose question », *Novethic*, 12 février 2014.

[1981] Art. L. 1321-2-1 c. trav., art. 2, loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*.

[1982] Sur cette question, v. not. J. –L. BIANCO, N. CADENE, C. WOLMARK, « Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise ? », *RDT*, n° 4, 2017, p. 235-41.

solutions[1983]. Au regard de la directive 2000/78/CE, la Cour a admis que « *l'interdiction de porter un foulard islamique, qui 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, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de ce texte* »[1984]. Elle a rattaché la possibilité pour les employeurs d'imposer la neutralité des convictions religieuses, politiques et philosophiques à la liberté d'entreprendre et à la possibilité de définir l'image de l'entreprise[1985]. En revanche, la CJUE a considéré qu'« *une telle règle interne est susceptible de constituer une discrimination indirecte s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* »[1986]. Les juges nationaux ont ensuite pris acte de ces solutions[1987]. Il n'empêche que les entreprises peuvent être tentées de voir une justification à une différence de traitement dans un argument marketing tel que celui d'être à l'image de la clientèle ou du produit pour satisfaire les attentes des clients. Ces pratiques sont souvent étudiées dans les sciences de gestion de la diversité[1988]. Elles sont légion dans le secteur de la vente et fréquemment grevées de stéréotypes. Ces dernières années, de nombreuses sociétés commerciales ont invoqué ce genre de motifs pour justifier des restrictions au port du voile islamique[1989] ou de la barbe[1990]. Or, à la question de savoir si les demandes de la clientèle pouvaient constituer une exigence professionnelle

---

[1983] CJUE, gr. ch., 15 juillet 2021, nº C-804/18 et C-341/19, *WABE* et *MH Müller Handel* ; S. ROBIN-OLIVIER, « Prendre au sérieux le contrôle de proportionnalité en matière de discrimination religieuse », *Bulletin Joly Travail*, nº 4, 2021, p. 59-68.

[1984] CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, nº C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, § 44 : *DS*, nº 4, 2018, p. 348 com. H. NASOM-TISSANDIER ; *DS*, nº 4, 2018, p. 314 com. D. MARTIN ; *LGP*, nº 20, 2017, p. 57 com. J. COLONNA, V. RENAUX-PERSONNIC ; *RDLF*, nº 2017-19, 2017 com. B. PETIT ; *RTDE*, nº 2, p. 229 com. S. ROBIN-OLIVIER.

[1985] CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, nº C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, § 37-9.

[1986] *Ibid*., § 44.

[1987] Soc., 22 novembre 2017, nº 13-19.855, *Bougnaoui* : *RDT*, nº 12, 2017, p. 797 com. P. ADAM, N. MOIZARD, M. MINE ; *JCP S*, nº 49, 2017, p. 18-28 com. C. COURCOL-BOUCHARD, B. BOSSU ; *LGP*, nº 43, 2017, p. 15-7 com. P. LE MAIGAT. CA Versailles, 18 avril 2019, nº 18/02189, *Bougnaoui*.

[1988] S. ZOUAGHI, « Le cas sensible de l'éthnicité. L'exemple de l'étude de la diversité en marketing », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, nº 54, 2016, p. 129-37 ; IMS, *Marketing Identitaire Cibler ou intégrer les différences ?*, 2010 ; I. BARTH, « Enjeux et limites du management de la diversité dans le cadre des forces de vente » *in* I. BARTH, C. FALCOZ, *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 153-74.

[1989] V. par ex. CA Versailles, 29 novembre 2018, nº 17/012498 ; CA Versailles, 18 avril 2019, nº 18/02189.

[1990] V. par ex. CA Versailles, 27 septembre 2018, nº 17/023758 ; Soc., 8 juillet 2020, nº 18-23.743, *RDT*, nº 10, 2020, p. 620 com. L. WILLOCX.

essentielle et déterminante au sens de la directive[1991], la CJUE a répondu qu'elle renvoyait « *à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause* [et qu'elle] *ne saurait* […] *couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client* »[1992]. De manière paradoxale au regard de leurs engagements, certaines sociétés signataires de la Charte de la diversité ont pourtant tenté de se prévaloir des attentes de leur clientèle pour exciper de la neutralité religieuse comme exigence professionnelle essentielle et déterminante. L'une d'elles vient d'ailleurs d'être condamnée pour avoir demandé illégalement à une salariée de retirer son voile[1993].

377. Néanmoins, la réponse de la CJUE est fragile, tant la poursuite d'une politique de neutralité à l'égard de la clientèle se prête à l'anticipation par l'employeur du refus des clients d'être en relation avec une personne qui arbore un signe religieux quelconque[1994]. Entre une discrimination directe inacceptable pour satisfaire la demande des clients et une discrimination indirecte justifiée par l'existence d'une clause de neutralité envers la clientèle, la frontière est ténue. Dans ces conditions, il est assez contradictoire de voir des entreprises annoncer haut et fort qu'elles s'obligent à promouvoir la diversité, mais qui verrouillent en interne l'expression des convictions de leurs salariés pour préserver leurs relations avec leur clientèle. Cela est d'autant plus paradoxal que le législateur européen a appelé certaines d'entre elles à faire l'éloge de « *la diversité* […] *des points de vue* [pour battre] *en brèche le phénomène de la "pensée de groupe"* »[1995] dans leurs instances dirigeantes. Ces quelques remarques ouvrent une réflexion plus large sur la légitimité d'un droit de la régulation relatif à la diversité.

[1991] Art. 4 dir. n° 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* ; art. L. 1133-1 et R. 1142-1 c. trav. ; art. 225-3, 3° c. pénal ; art. 2, 2° 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*. Sur cette notion, G. CALVES, « L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination. État des lieux », *Droit ouvrier*, n° 864, 2020, p. 489-500 ; K. BERTHOU, « Différences de traitement, esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *DS*, n° 4, 2009, p. 410-8. Pour un ex. CJUE, gr. ch., 17 avril 2018, n° C-414/16, *Vera Egenberger* (religion et éthnique d'une organisation/église).

[1992] CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*, § 40 : *DS*, n° 4, 2018, p. 348 com. H. NASOM-TISSANDIER ; *DS*, n° 4, 2018, p. 314 com. D. MARTIN ; *LGP*, n° 20, 2017, p. 57 com. J. COLONNA, V. RENAUX-PERSONNIC ; *RDLF*, n° 2017-19, 2017 com. B. PETIT ; *RTDE*, n° 2, p. 229 com. S. ROBIN-OLIVIER.

[1993] V. par ex. CA Toulouse, 6 septembre 2019, n° 17/01658 puis Soc. 14 avril 2021, 19-24.079.

[1994] B. PETIT, « Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire », *RDLF*, n° 19, 2017.

[1995] § 18 dir. n° 2014/95/UE *du PE 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* ; art. L. 22-10-10, 2° c. com. V. ég. dans une perspective intersectionnelle Com. n° COM(2020) 152 final du 5 mars 2020 de la Commission au PE, au Conseil, au CESE, au Comité des régions, *Une Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025*, p. 16.

SECTION 2 – LA LEGITIMITE DU DROIT DE LA REGULATION RELATIF A LA DIVERSITE

378. Position du problème – Plan – Le droit de la régulation relatif à la diversité est la démonstration du pouvoir des acteurs d'encadrer leur propre conduite, mais aussi parfois celle des tiers. Les manifestations de ce pouvoir sont multiples : de leur propre initiative, les opérateurs de la diversité élaborent des normes pour gouverner leur conduite, parfois en concertation avec leurs parties prenantes ; ils empruntent librement au droit existant et le reformulent ; ils s'y substituent le cas échéant, en l'absence de réglementation ; ils définissent les modalités de mise en œuvre, de suivi et de contrôle de ces normes ; ils s'autocorrigent en cas de défaillance et s'autorisent à en sanctionner la violation par un tiers partie prenante ; ils bénéficient de financements publics, cependant qu'ils détournent parfois leurs actions de leur dimension originelle[1996]. Ce caractère arbitraire entre en tension avec les principes démocratiques et de l'État de droit qui régissent le reste du système juridique, conformément à l'idée que lorsque deux paradigmes coexistent, « *il y a généralement déplacement significatif des critères déterminant la légitimité des problèmes et aussi des solutions proposées* »[1997]. En l'espèce, l'« *exaltation des bonnes pratiques comme sources du droit pose un certain nombre de questions sur la fabrication du droit, tant du point de vue des autorités légitimes pour le fabriquer que sur la définition* [l'application et la sanction] *des règles fabriquées* »[1998]. En dépit de ces tensions autour de la légitimité politico-juridique de ce droit (§ 1), d'autres facteurs sont susceptibles de le légitimer (§ 2).

§ 1 – La faible légitimité politico-juridique du droit de la régulation relatif à la diversité

379. Plan – Cette appréciation concerne aussi bien les organisations lorsqu'elles régulent leur conduite (A), que les pouvoirs publics qui, par la corégulation, accompagnent et pèsent sur leurs démarches (B).

[1996] V. l'enquête de F. DHUME *in* « De la discrimination du marché au marché de la discrimination », *Mouvements*, 2007, nº 49, p. 128-36.
[1997] T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008, p. 155.
[1998] A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, nº 114, 2010, p. 182.

A – La faible légitimité de l'autorégulation

380. Plan – Cette légitimité est discutable au regard de la norme elle-même (2) et de son émetteur, entendu ici comme l'auteur ou le destinataire qui choisit de s'y conformer (1).

1 – La contestation de la légitimité de l'auteur de la norme

381. L'action unilatérale des émetteurs de la norme – En droit, la légitimité du détenteur d'un pouvoir est inséparable de celle qu'endosse l'instrument qu'il développe[1999]. Ce principe est l'un des fondements de la démocratie représentative, le corps électoral donnant mandat de pouvoir aux représentants qu'il a élus de légiférer. Il est une garantie démocratique, car les citoyens peuvent sanctionner électoralement leurs représentants[2000]. Étymologiquement, *legitimus* signifie d'ailleurs ce qui est « *établi par la loi, conforme à la règle* »[2001]. Ainsi, pour la pensée juridique moderne, la légitimité implique la légalité[2002]. Ce système légaliste a éclipsé les ordres normatifs parallèles : « *le monisme juridique considère que le droit est un bloc homogène qui se confond avec l'État* »[2003]. Sous ce rapport, la légitimité des émetteurs de la norme relative à la diversité apparaît compromise. Le caractère unilatéral et non démocratique des prérogatives qu'ils exercent est un marqueur fort de la faiblesse de leur légitimité. Faute pour eux de détenir une compétence attribuée par le législateur, leur légitimité est faible[2004]. Certes, ce constat ne vaut pas *urbi* et *orbi*. Les personnes publiques ont une légitimité organique. Les partenaires sociaux, dès lors qu'ils sont représentatifs, jouissent quant à eux d'une légitimité démocratique[2005]. L'État peut aussi conférer une légitimité indirecte à des acteurs quelconques en leur apportant son approbation, comme à l'AFNOR qui est chargée de l'homologation des normes et qui, à ce titre, assure une mission de service public. Celle-ci considère que la

---

[1999] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016, p. 479.
[2000] A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 182.
[2001] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 602.
[2002] S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » *in* D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 929.
[2003] N. CUZACQ, « Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law », *HAL*, no hal-00881860, 2012, p. 3.
[2004] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 480.
[2005] La concertation est encouragée parmi les bonnes pratiques de diversité. V. par ex. Charte de la diversité, 2018, § 5 ; AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges applicable à l'Etat 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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 8.

normalisation est un outil de politiques publiques complémentaire de la réglementation[2006]. Il n'en demeure pas moins que ce type de mesure est soustraite à l'intervention étatique classique par voie législative, réglementaire ou jurisprudentielle. Ces normes sont élaborées par des instances démocratiquement peu représentatives qui substituent la légitimité scientifique à la légitimité démocratique, au risque d'une dépolitisation du droit et d'une privatisation de l'intérêt général[2007]. Ainsi, les chercheurs de nombreuses disciplines se sont inquiétés de voir « *des acteurs particuliers définir les facettes de la discrimination qu'il faut combattre* »[2008]. Ces tensions sont d'autant plus fortes que leurs auteurs concentrent tous les pouvoirs.

382. La concentration des pouvoirs entre les mains de l'émetteur de la norme – Le principe de séparation des pouvoirs est ignoré lorsque ce sont les mêmes entités qui créent des normes, les mettent en œuvre et jugent de leur application. Certaines chartes de la diversité sont significatives de cette confusion : les instances dirigeantes définissent les règles auxquelles elles se soumettent, en fixent le champ d'application, désignent les organes chargés de les mettre en œuvre, de suivre leur application et éventuellement de résoudre les litiges qui pourraient en résulter, ainsi que l'observatoire délégué à leur évaluation[2009]. À l'heure où les acteurs internalisent ces normes, cette forme d'« *autosurveillance peut aussi se lire comme une forme de contrôle privé de la légalité, contrôle concurrent de celui exercé par le juge* »[2010]. À cet égard, la procédure de recours interne mise en place par le groupe Essilor est édifiante, tant l'entreprise semble se faire juge en son domaine. Le mécanisme en question emprunte à l'article L. 1134-1 du Code du travail, puisque le « *salarié s'estimant victime de discrimination devra produire des éléments de faits "objectifs" laissant supposer l'existence d'une discrimination et également produire des éléments de "comparaison" avec un salarié ou un groupe d'autres salariés, dits "groupe de référence" auquel il prétend se rattacher. Il devra préciser les conséquences de la discrimination invoquée sur : sa classification ; sa rémunération ; sa trajectoire professionnelle qu'il aurait dû légitimement avoir. Au terme de cette procédure, soit*

[2006] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 213. V. art. 2, puis 5 à 16, décr. nº 2009-697 du 16 juin 2009 *relatif à la normalisation* ; CE, 17 février 1992, nº 73230, *Société Textron*.

[2007] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique […]*, *op. cit.*, p. 210 et 213-7.

[2008] M. DURU-BELLAT, « La discrimination positive et l'égalité des chances », *La vie des idées*, 2011. V. ég. I. DAUGAREILH, « Responsabilidad social de las empresas transnacionales : Análisis crítico y prospectiva jurídica », *Cuadernos de relaciones laborales*, nº 1, 2009, p. 93-123.

[2009] V. par ex. § 7 Charte du service public de l'Emploi conte les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité, 18 novembre 2005 ; art. 17 SAINT-GOBAIN, *Accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012.

[2010] P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, nº 6, 2018, p. 302-8, § 2.

la discrimination n'est pas constituée, soit des mesures sont prises individuellement ou de manière combinée »[2011]. Nonobstant le fait que cette procédure paraît plus exigeante pour le personnel que ne l'est la jurisprudence – notamment parce que le juge a retenu qu'une discrimination n'impliquait pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés[2012] – ou qu'elle laisse de côté certaines formes de discrimination – le harcèlement discriminatoire[2013] par exemple – ce type de dispositif pose la question de savoir si un employé d'une organisation bien évaluée osera agir en justice contre son employeur de la même manière que le ferait un autre dans une structure restée en dehors de tout système d'évaluation. Et pour cause, « *les résultats d'une évaluation sociale volontaire n'ont-ils pas pour but d'opérer un affichage, prétendument incontestable, du respect des règles juridiques en vigueur ?* »[2014]. Le risque est alors de glisser vers un gouvernement privé des conduites, où l'organisme est à la fois législateur, policier et juge[2015]. Certains en ont conclu que « *c'est* […] *la démocratie qui est en jeu, dès lors que des normes développent un potentiel juridique sans avoir été soumises à des procédures fixes, à des règles de compétence et à des débats démocratiques suffisants* »[2016]. Derrière cette question de l'équilibre et du contrôle du pouvoir, c'est alors la légitimité de la norme relative à la diversité qui est en jeu.

2 – La contestation de la légitimité de la norme

383. Les doutes sur la réalité de la défense de l'intérêt général – La réalité de la défense du bien public dans la configuration de la régulation est sujette à caution. L'« *autorégulation sauvage* »[2017] des entreprises en particulier concentre les doutes et les critiques. La logique économique sous-jacente est accusée de servir d'autres intérêts que le respect du droit et le progrès social[2018]. L'autorégulation serait synonyme d'« *instrumentalisation et de*

[2011] Art. 5.2, ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019.
[2012] L'art. L. 1134-1 n'exige pas d'apporter des éléments de comparaison avec la situation d'autres salariés, la Soc. Ayant d

Soc., 10 novembre 2009, n° 07-42.849.
[2013] Art. 1er, 1°, 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* ; DDD, *Le harcèlement discriminatoire au travail. Fiche pratique à destination des employeuses et des employeurs*, 2018.
[2014] J. –P ROBE, E. MAZUYER, « Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ? », *RDT*, n° 7, 2010, p. 413-8.
[2015] M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Éd. du Seuil, 1998, p. 73.
[2016] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique […]*, *op. cit.*, p. 278.
[2017] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 500.
[2018] Pour une analyse, v. par ex. P. ROBERT-DEMONTROND, A. JOYEAU, « Résistances à la responsabilité sociale des entreprises : de la critique des modalités à la critique de la logique économique sous-jacente », *Revue de l'organisation responsable*, n° 1, 2010, p. 7.

marchandisation du droit »[2019]. Sa compatibilité avec les droits de l'homme qui sont captés par les entreprises et placés dans leurs normes dans un but utilitariste est contestée[2020]. Qu'est-ce qui autorise par exemple ces organisations à sélectionner dans l'éventail ouvert des différences entre les personnes les attributs qu'il convient de prendre en compte et pourquoi[2021] ? Les enquêtes de terrain étudiées précédemment montrent combien la logique économique peut être prégnante à côté de celle des droits, sinon l'éclipser[2022]. L'hypocrisie des acteurs marchands est dénoncée comme une dérive commerciale par une partie de la société civile qui voit dans leurs engagements un dessein mercantile[2023]. Ces doutes sont d'autant plus importants que ces normes n'empêcheraient pas leurs destinataires de discriminer, ainsi que le montrent les récents *testings* dans les organisations[2024]. D'ailleurs, l'AFNOR ne se risque pas à certifier que les organisations qui obtiennent le Label respectent la loi.

384. La perte de densité normative de la loi – La critique porte d'abord sur une norme relative à la diversité qui peut se trouver en porte à faux avec la loi. La charte de la diversité offre un aperçu de toute l'ambiguïté que l'autorégulation peut générer, ici à l'égard de l'article 1er de la Constitution, en appelant les signataires à « *favoriser la représentation de la diversité de la société française dans toutes ses différences et ses richesses, les composantes culturelle, ethnique et sociale, au sein des effectifs et à tous les niveaux de responsabilité* »[2025]. Dans le même ordre d'idées, le dévoiement des normes relatives à la diversité abordé précédemment écarte *ipso facto* toute légitimité de ces instruments[2026].

385. Le principe d'une norme volontaire traitant de la diversité interroge ensuite le caractère obligatoire de la loi. Le droit paraît perdre de sa densité normative[2027], sa « *force*

[2019] I. DAUGAREILH, « Responsabilidad social de las empresas transnacionales : Análisis crítico y prospectiva jurídica », *Cuadernos de relaciones laborales*, nº 1, 2009, p. 93-123.
[2020] *Ibid.*
[2021] M. DURU-BELLAT, « La discrimination positive et l'égalité des chances », *op. cit.*
[2022] V. par ex. pour le cas de la SNCF, A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 345-6.
[2023] P. ROBERT-DEMONTROND, A. JOYEAU, « Résistances à la responsabilité sociale des entreprises […] », *op. cit.*, p. 8.
[2024] L. CHALLE, S. CHAREYRON, Y. L'HORTY et *al.*, « Discrimination dans le recrutement des grandes entreprises : une approche multicanal », *Théories et évaluations des politiques publiques*, nº 2020-01, 2020, p. 1-36 ; L. COMAMOND (de), « Discrimination d'origine à l'embauche : sept entreprises épinglées », *Les Echos*, 7 février 2020 ; DARES, « Discrimination à l'embauche selon "l'origine": que nous apprend le testing auprès de grandes entreprises ? », *DARES analyses*, nº 76, 2016 ; V. JAUSSENT, G. JEANNOT, « Tout le monde le sait, le voit et le subit : des policiers racontent le racisme dans leurs rangs », *France Info*, 13 juin 2020 ; DDD, *Enquête sur l'accès aux droits. Relations police/population : le cas des contrôles d'identité*, 2017.
[2025] Charte de la diversité, 2018, § 3.
[2026] V. *supra* § 371 et suiv.
[2027] T. GRÜNDLER, « Tous discriminés ? », *RDLF*, chron. nº 5, 2017.

symbolique »[2028] semble remise en cause. La loi est disqualifiée, au sens de dire le droit et de le fabriquer[2029]. Pour G. Calvès, « *c'est en effet rien moins qu'une composante de l'ordre public – placé, par définition, hors du champ du négociable – qui se trouve ainsi (faussement) contractualisée* »[2030]. Dès lors que « *les fondements d'une norme soumise à "négociation" sont par définition discutables* »[2031], la production volontaire de droit dans une matière aussi sensible a pour effet de relativiser les fondements et la portée du droit antidiscriminatoire. Les pouvoirs publics attendent des acteurs qu'ils se saisissent du problème, signifiant par là qu'ils acceptent les contraintes légales, pour pouvoir ensuite mollement les leur opposer[2032]. En ce sens, il est toujours un peu surprenant de constater que la Charte de la diversité a longtemps appelé ses signataires à « *respecter et à promouvoir l'application du principe de non-discrimination* »[2033]. Sans doute conscients du caractère critiquable d'un engagement à « *respecter* » la loi, les auteurs de ce document ont récemment supprimé ce verbe de l'énoncé.

386. Le respect du droit conditionné à son utilité – Portée par un discours libéral selon lequel la contrainte étatique est toujours trop lourde et inefficace, la régulation juridique traditionnelle est écartée au profit de modalités plus souples de régulation qui outillent le paradigme de la diversité[2034]. Ces mécanismes d'auto-ajustement contribuent à délégitimer les instruments juridiques traditionnels à travers l'idée qu'ils seraient inefficaces et peu adaptés aux organisations[2035]. L'attractivité et la crédibilité de cette logique sont renforcées par les résultats peu satisfaisants obtenus par la contrainte, par exemple en matière d'égalité salariale entre les femmes et les hommes et par la politique de l'investissement social promue par l'Union européenne[2036]. Or, l'endogénéisation du droit n'est pas qu'une technique organisationnelle au service d'une meilleure application de la non-discrimination ou de la lutte

---

[2028] P. NOREAU, « De la force symbolique du droit » *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 136-50.
[2029] En ce sens, A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 180.
[2030] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001, p. 172.
[2031] *Ibid.*
[2032] M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018, p. 278.
[2033] La version antérieure de ce document est reproduite *in* SAINT-GOBAIN, *Accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012, p. 3.
[2034] L'ANI affirme que « *sur un tel sujet, la loi ne peut pas tout* » et se place dans un « *au-delà des dispositifs législatifs existants* ». V. § 14 et 15, préambule, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[2035] R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail », *Développement durable et territoires*, 2006, § 29.
[2036] V. not. S. JACQUOT, *L'égalité au nom du marché ? Émergence et démantèlement de la politique européenne d'égalité entre les hommes et les femmes*, Bruxelles, PIE Peter Lang, 2014.

contre les inégalités. Elle contribue à la managérialisation du droit. La norme relative à la diversité contraint l'égalité à trouver un chemin parmi des considérations utilitaristes, nécessitant de plus en plus de volontarisme pour son application, sans qu'elle soit plus exigeante en matière de résultat[2037]. Des enjeux aussi importants que ceux des discriminations et de la justice dans l'accès aux biens sont réduits à des gratifications, à des médailles. S'il « *ne vient à personne l'idée de se glorifier de respecter la loi, les signataires de chartes ou les détenteurs de labels, ne cessent eux de s'en prévaloir* »[2038]. Pour certains auteurs, l'utilitarisme de la norme entraîne la dépolitisation de l'égalité comme principe social et politique[2039]. L'égalité est sommée de servir la réussite organisationnelle, tandis que les valeurs de justice et de protection des personnes sont reléguées au second plan[2040]. Cette dialectique du juste à l'utile s'apparente à un effet du « *nouvel esprit du capitalisme* »[2041] qui intègre des valeurs non marchandes, comme le bien et le juste, à une rationalité utilitariste. D'ailleurs, ce constat ne se borne pas à la lutte contre les discriminations. La performance domine aujourd'hui l'ensemble du champ juridique[2042]. Comme le souligne A. Supiot, la « *plus grande victoire des adversaires de la justice sociale est en réalité d'être parvenue à banaliser ce recours au calcul d'utilité et à disqualifier par là même l'idée d'impératif catégorique attaché à la dignité humaine* »[2043]. Pourtant, la légitimité d'une règle ne devrait pas dépendre de l'utilité escomptée de son application. Le « *piège de la rhétorique managériale* »[2044] est susceptible de générer une conscience amoindrie du droit chez les salariés, les agents et les usagers[2045]. Le droit peut ne plus se suffire à lui-même à partir du moment où il est fondu dans « *un néolibéralisme vertueux mariant responsabilité sociale, innovation sociale et performance* »[2046]. Toute la rhétorique de la diversité consiste justement à démontrer que la seule valeur de justice est insuffisante à

[2037] A. AMINTAS, A. JUNTER, « L'égalité prise au piège de la rhétorique managériale », *Cahiers du Genre*, 2009, nº 47, p. 119-20.V. par ex. Com. nº COM(2020) 152 final du 5 mars 2020 de la Commission au PE, au Conseil, au CESE, au Comité des régions, *Une Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025*, p. 15-6.

[2038] M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Les projets EQUAL, retour sur une expérimentation : la construction de la lutte contre les discriminations ethno-raciales "à la française" » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, F. HERAN et *al.* (dir.), *Discriminations : état de la recherche*, Marne-la-Vallée, Colloque de l'ARDIS, 13 décembre 2013, p. 16.

[2039] A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 179-80.

[2040] L. B. EDELMAN, S. R. FULLER, I. MARA-DRITA, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *American Journal of Sociology*, nº 6, 2001, p. 1632.

[2041] L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *Le Nouvel Esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999.

[2042] V. not. V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique […]*, *op. cit.*, p. 128-9.

[2043] A. SUPIOT, « L'idée de justice sociale » *in* L. BURGORGUE-LARSEN, *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, Cahiers européens, nº 4, 2013, p. 16.

[2044] A. AMINTAS, A. JUNTER, « L'égalité prise au piège de la rhétorique managériale », *op. cit.*, 2009, p. 103-22.

[2045] A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 182-3.

[2046] R. SENAC, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 171.

garantir son effectivité. Au contraire, l'association de la norme à la performance, parce qu'elle s'inscrirait « *dans le cercle vertueux de la croissance et de la compétitivité, donnerait au droit un supplément de crédibilité* »[2047]. Ainsi donc « *l'usage* […] *du droit fondamental* […] *est soumis à la preuve de son utilitarisme. Le droit de l'égalité* […] *est traité comme un investissement immatériel dont la rentabilité doit être démontrée pour en justifier l'application* »[2048]. Les « *effets concrets de ce type de mesures sont subordonnés à une forme de partenariat tacite entre les pouvoirs publics et les* [destinataires de la règle]*, ces derniers n'adhérant à ce type de normes que lorsque cela peut contribuer à la réduction de leurs risques juridiques et à leur stratégie marketing* »[2049]. Or, que se passera-t-il s'il est prouvé que la diversité sociodémographique n'est pas bonne pour la performance[2050] ? Pour un collectif de chercheurs rattaché à la mission de recherche Droit et Justice, la question de la cohérence entre l'argument utilitariste de la non-discrimination et le principe d'égalité doit être sérieusement posée, « *car elle soulève un dilemme idéologique profond d'un régime en équilibre entre libre jeu du marché et régulation* »[2051].

B – La faible légitimité de la corégulation

387. La corégulation : un choix contraint ? – L'immixtion de sujets de droit devenus acteurs dans le champ régalien établit un nouveau rapport de force avec la puissance publique. La corégulation relative à la diversité incarne ce rapport de force autant qu'elle constitue la réponse que lui apporte l'État. En agissant de la sorte, les pouvoirs publics sont confrontés à un véritable dilemme[2052]. D'un côté, il n'est pas certain que l'ouverture normative aux acteurs soit une garantie démocratique et de justice, car « *les dispositifs* […] *de concertation et de négociation, donnent aux groupes d'intérêts puissants la possibilité de peser sur le contenu des textes, en faisant prévaloir leurs vues* »[2053]. L'État a conscience que la régulation relative à la diversité peut servir des intérêts corporatistes plus que la lutte contre les discriminations et que

[2047] A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *op. cit.*, p. 183.
[2048] A. AMINTAS, A. JUNTER, « L'égalité prise au piège de la rhétorique managériale », *op. cit.*, p. 115.
[2049] J. –P. FOEGLE, R. MEDARD, « De l'art du funambulisme : la CNCDH se saisit des "discours de haine" sur internet », *LRDH*, Actualités Droits et Libertés, 5 mai 2015, § 16.
[2050] R. SENAC, « La promotion de la parité et de la diversité : entre identité et performance, quelle égalité ? », *Eve le Blog*, 16 septembre 2014.
[2051] M. MERCAT-BRUNS, J. PERELMAN (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 40.
[2052] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et société*, n° 65, 2012, p. 99.
[2053] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4e éd., 2017, p. 201.

son instrumentation maintient l'action des acteurs à l'écart d'un contrôle démocratique[2054]. Cependant, les autorités reconnaissent aussi leurs difficultés à énoncer des règles pertinentes pour réguler le comportement des acteurs économiques[2055]. Comme le confesse un ancien agent de la DGEFP, « *l'État n'avait pas la réponse tout seul* [les] *politiques qui avaient une chance de réussir étaient partenariales et co-construites* »[2056]. En définitive, cette solution de la demi-mesure serait à double tranchant : elle viserait à orienter l'autorégulation des organisations autant que ces dernières chercheraient à peser sur la régulation étatique. Les pouvoirs publics doivent composer avec les intérêts en présence. Le degré d'autonomisation des organisations est considérable, même s'il tend à être un peu plus encadré par les évolutions législatives récentes. Encore que ces dernières ne concernent la plupart du temps que les grands employeurs – parfois seulement les grandes sociétés cotées – les PME/TPE ou la plupart des administrations étant largement ignorées des mesures relevant de la logique de corégulation[2057]. La directive de 2014 sur la publication d'informations non financières résume à elle seule les limites du périmètre de l'action publique : le *reporting* « *ne saurait entraîner de surcharge administrative inutile pour les petites et moyennes entreprises* »[2058]. L'action européenne à double vitesse est préjudiciable pour la légalité : pourquoi seules les grandes entreprises devraient-elles se soucier de prévenir les discriminations et d'être transparentes à ce sujet ? Peut-être plus ici qu'ailleurs, l'idéal de justice portée par la stratégie de corégulation se heurte à la logique économique. Les petits employeurs ne sont pas moins exposés que d'autres au risque discriminatoire. Ils sont soumis à la même obligation légale et ont un rôle à jouer dans la recherche d'une meilleure équité socioéconomique[2059]. Il semble que « *l'heure n'est plus à se demander si la compliance devrait ou non s'appliquer aux PME et ETI, mais bien comment ces entités doivent s'emparer de ce nouveau corpus juridique* »[2060].

[2054] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" […] », *op. cit.*, 2012, p. 99.
[2055] *Ibid.*
[2056] A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit*., p. 208.
[2057] V. not. sur le *reporting supra* § 233.
[2058] § 8, exposé des motifs, dir. nº 2014/95/UE du PE 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*. Dans le même sens, v. le rapport de L. Pecaut-Rivolier préconise de ne pas de faire peser des contraintes supplémentaires sur les entreprises *in 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, 2013, p. 88.
[2059] Plus généralement sur cette critique en matière de RSE, v. B. PETIT, « "Reporting" RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau », *E.*, nº 7, 2014, p. 17-25, spéc. § 7 et 10.
[2060] E. DAOUD, A. KLEIMAN, « La mise en place de bonnes pratiques au sein des PME et des ETI : enjeux et solutions », *Dalloz actualité*, 22 mars 2021. Il est rappelé que l'art. 1, § 3 prop. dir. du PE et du Conseil nº COM(2021) 189 final du 21 avril 2021 *modifiant les dir. nº 2013/34/UE, nº 2004/109/CE et nº 2006/43/CE ainsi*

388. Un choix discutable – La corégulation peut être vue comme un recul de l'action publique traditionnelle diluant les responsabilités et signalant le désengagement de l'État[2061]. La rectification de leurs propres comportements par les acteurs provoque le retrait des autorités, dont l'action n'est pas mise en cause[2062]. Le glissement d'un acteur-décideur unique à un réseau hétérogène et interactif de participants revient à attribuer « *à chacun son problème et à chacun son mode de résolution* »[2063]. Cependant, en s'appuyant sur une apparente neutralité, présentée comme rationnelle, technique et consensuelle, les pouvoirs publics prennent le risque de relativiser le caractère délictuel des pratiques discriminatoires et d'envoyer un mauvais signal aux victimes de discriminations[2064]. Ce faisant, certains auteurs analysent la « *smart régulation* »[2065] promue par la puissance publique comme un « *adieu aux armes* »[2066] pour la lutte contre les discriminations. Au fond, l'adoubement par l'État de ces instruments traitant de la diversité dissimulerait mal sa volonté d'escamoter le débat et l'absence de réelle volonté politique[2067]. L'engouement de façade pour la promotion de la diversité et ses instruments, masqueraient de fortes inerties et des résistances se cristallisant dans la faiblesse de l'action publique antidiscriminatoire et singulièrement, dans le refus de penser les rapports sociaux ethno-raciaux et ce, malgré la prégnance de ces discriminations[2068]. Les dispositifs de régulation relatifs à la diversité participeraient à légitimer le problème de la non-discrimination, plus qu'à

que le règl. (UE) nº 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises entend assujettir au *reporting* les PME cotées.

[2061] À propos de la vulnérabilité économique, D. THARAUD, « Étude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *RDLF*, chron. nº 5, 2017.

[2062] En ce sens, *ibid.*

[2063] M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Les projets EQUAL, retour sur une expérimentation […] », *op. cit.*, p. 17.

[2064] O. NOËL, « Entre le modèle républicain de l'intégration et le modèle libéral de promotion de la diversité : la lutte contre les discriminations ethniques et raciales n'aura-t-elle été qu'une parenthèse dans la politique publique en France ? » *in Colloque CASADIS, CGT*, Montreuil, le 8 novembre 2006, p. 8 ; M. SAFI, « Promoting Diversity in French Workplaces: Targeting and Signaling Ethnoracial Origin in a Colorblind Context », *Socius*, nº 14, 2017, p. 11.

[2065] J. ALAKTIFF, M. DOYTCHEVA, « Normation de la diversité en entreprise. Qu'en est-il des discriminations ethno-raciales ? », *Gestion de la diversité*, 2018, p. 17.

[2066] G. CALVES, « Répressions des discriminations : l'adieu aux armes » *in* V. CHAMPEIL-DESPLATS, N. FERRE (dir.), *Frontières du droit, critique des droits : billets d'humeur en faveur de D. Lochack*, Paris, LGDJ, 2007, p. 45-9.

[2067] M. DOYTCHEVA, « La diversité normalisée à la française : définitions et rapport au droit », *LRDH*, nº 14, 2018, § 40 ; M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Les projets EQUAL, retour sur une expérimentation […] », *op. cit.*, p. 17.

[2068] M. BERNARDOT, M. DOYTCHEVA, « Introduction », *Revue Asylon(s)*, nº 8, 2010. V. par ex. H. MCAVAY, P. SIMON, « Perceptions et expériences de la discrimination en France » *in* DDD, *Inégalités d'accès aux droits et discriminations en France. Contributions de chercheurs à l'enquête du Défenseur des droits*, t. 1, 2019, p. 100.

le résoudre[2069]. Partant, c'est à l'État de créer les conditions structurelles de l'égalité[2070]. La lutte contre les différences de traitement illégitimes nécessite une volonté politique nationale, une structuration forte et un déploiement de l'action sur l'ensemble du territoire[2071]. Si le recours à l'incitation n'est pas nécessairement incompatible avec la lutte contre les discriminations, sa légitimité ne semble pouvoir être assurée qu'en tant qu'elle est un complément utile d'application de la loi portée par une action politique forte.

§ 2 – Les facteurs de légitimation extrajuridique du droit de la régulation relatif à la diversité

389. Position du problème – Plan – Sans préjudice des considérations précédentes, les tensions entourant la légitimité du droit de la régulation relatif à la diversité peuvent être dépassées en portant un autre regard sur la question. Parce qu'il emprunte d'autres procédés, qu'il relève d'autres logiques, sa légitimité peut être extrajuridique[2072]. Elle serait alors à rechercher dans son objet (A) et dans l'adhésion au pouvoir qu'il sous-tend (B).

A – L'objet de la régulation

390. L'intégration de considérations sociales et environnementales par les organisations – Un premier facteur à considérer est d'ordre moral. Sous cet angle, autorégulation et corégulation juridiques trouvent une légitimité dans leur objet. L'idée s'ancre dans le contexte de la fin des Trente glorieuses. Le déclin de l'État-providence, à qui il incombait jusque-là de prendre en charge le coût des externalités négatives, a laissé vacant un espace d'intervention dont se sont saisis d'autres acteurs[2073]. Les entreprises, les ONG, les collectivités et les établissements publics se sont alors attelés à la régulation des grands problèmes planétaires, aux

[2069] M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Une politique esquivée : la lutte contre les discriminations ethnoraciales », *Migrations sociétés*, n° 155, 2014, p. 158.
[2070] V. en ce sens COMMISSION MONDIALE SUR L'AVENIR DU TRAVAIL, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, OIT, 2019, p. 34-6, spéc. p. 35 ; M. MERCAT-BRUNS, « L'égalité des genres comme mode de transformation des normes », *RDT*, n° 1, 2020, p. 17-21.
[2071] M. –C. CERRATO DEBENEDETTI, « Une politique esquivée […] », *op. cit.*, p. 154.
[2072] En ce sens, D. MARDON, « *Soft law,* droits fondamentaux et légitimité », *op. cit.*, p. 129 ; M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit, op. cit.*, p. 473.
[2073] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation » *in* T. BERNS, P. – F. DOCQUIR, B. FRYDMAN et *al*. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 19.

côtés des États déclinants[2074]. Leur démarche est tout aussi altruiste que pragmatique. L'enjeu pour ces organisations est de créer de la valeur tout en restaurant une image parfois écornée par un manque de considération à l'égard de ces enjeux[2075]. Sans cette légitimité, elles ne peuvent moralement et symboliquement exercer leur activité en toute quiétude. Par conséquent, elles doivent justifier de leur utilité sociale en présentant une vision du monde qui réponde aux attentes de la société[2076]. Avec cette conviction qu'elles ont une responsabilité sociale et que l'intérêt de la société est aussi le leur, les organisations ne poursuivent plus seulement l'objet pour lequel elles ont été créées, mais intègrent des objectifs d'équité et de minimisation des externalités négatives de leur fonctionnement[2077].

391. Les implications – Sous ce rapport, les instruments traitant de la diversité formalisent ce nouveau contrat social, en indiquant la manière dont les acteurs entendent s'intégrer dans la société et y participer[2078]. Ce sont des outils « *d'encadrement de la conduite qui concordent avec l'intérêt public* »[2079]. Ils traduisent les devoirs que se donnent les organisations. À travers eux, elles intègrent des missions d'intérêt général qui sont la « *clef de voûte du développement social* »[2080] : la lutte contre les discriminations et l'égalité des chances constituent autant de finalités qui légitiment leur intervention. La poursuite de tels objectifs peut être un moyen de respecter et de concrétiser les valeurs au fondement d'une organisation[2081]. À s'en tenir à une vision pragmatique du droit de la régulation relatif à la diversité, le mérite de ce phénomène est d'amener les employeurs à se considérer comme acteurs et à mieux assumer leurs responsabilités[2082]. Pour L. B. Edelman, c'est précisément parce que cet engagement est en

---

[2074] En ce sens, M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La Découverte, 2016, p. 9.
[2075] S. ROUSSEAU, « Le code d'éthique : un instrument de gouvernance créateur de valeur », *CDE*, n° 4, 2014, p. 42-5.
[2076] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 10.
[2077] P. ROBERT-DEMONTROND, « Le marketing de la RSE, enjeux et perspectives » *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN, *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 49.
[2078] R. HUËT, M. CANTRELLE, « Gouvernance et acteurs privés […] », *op. cit.*, § 13.
[2079] S. ROUSSEAU, « Le code d'éthique : un instrument […] », *op. cit.*, p. 42-5.
[2080] J. CHEVALLIER, « L'état régulateur », *RFAP*, n° 111, 2004, p. 475.
[2081] Beaucoup d'opérateurs de la diversité mettent en avant de véritables convictions et un engagement pour cette cause, loin des visions purement instrumentales. V. not. L. BERENI, « Le discours de la diversité en entreprise : genèse et appropriations », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 13.
[2082] R. FAUROUX, *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Rapport au ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, p. 2.

accord avec les intérêts et les valeurs des organisations, qu'il est en capacité de surmonter certaines résistances internes[2083].

392. De surcroît, les normes issues de la corégulation permettent « *de compenser le retrait de l'État* […] *et l'insuffisance des capacités d'expertise publique* »[2084]. L'accent mis sur la régulation peut être un moyen de rationaliser le besoin de techniques de gestion qui intègrent des considérations juridiques, telles que la non-discrimination, ou sociales et territoriales, comme l'égalité des chances. La diffusion à la sphère publique de l'emploi de pratiques traitant de la diversité issues des référentiels de gestion en est un bon exemple. Toutefois, la logique utilitariste ne doit pas prendre le pas sur les impératifs juridiques. La norme relative à la diversité doit rester au service du droit. Pour cette raison, la rhétorique du *business case* n'a pas sa place dans cette équation. De ce point de vue, si l'idée récemment proposée par le Sénat de valoriser les entreprises les plus responsables et engagées en matière d'éthique est intéressante, elle ne doit pas conduire à une surenchère de l'efficacité économique[2085].

393. En outre, la finalité de la démarche des acteurs organisationnels replace leurs pratiques normatives dans le giron du droit. La légitimité de leur intervention est reconnue par leurs pairs et par la puissance publique. Pour cette dernière, « *les mesures prises sur le plan interne par les* [organisations] *constituent la première ligne de défense dans le cadre des stratégies de mise en œuvre des dispositions réglementaires et législatives* »[2086]. Ces dernières disposent ainsi d'une forme d'habilitation dont le mécanisme de *reporting* est une expression manifeste. Pour l'État, ce choix de la régulation est un moyen de « *pallier un déficit de légitimité* »[2087]. Il est la traduction d'une nécessité, celle « *de faire de la normativité l'expression la plus adéquate des aspirations de ceux dont elle doit régir l'activité* »[2088]. Cette perspective débouche de prime abord sur un constat paradoxal. Tandis que « *la régulation qui cherche fondamentalement à réaliser l'intérêt public, s'est de plus en plus focalisée sur les intérêts des régulés,* […] *l'autorégulation a en partie évolué d'une régulation corporative vers une régulation d'intérêt*

[2083] L. B. EDELMAN, S. R. FULLER, I. MARA-DRITA, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *American Journal of Sociology*, nº 6, 2001, p. 1632.
[2084] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique […]*, *op. cit.*, p. 350.
[2085] Sur cette valorisation, v. E. LAMURE, J. LE NAY, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux entreprises sur le thème « Comment valoriser les entreprises responsables et engagées ? »*, Sénat, nº 572, 2020.
[2086] OCDE, *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, 2001, p. 85.
[2087] G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, nº 109, 2004, p. 10.
[2088] *Ibid.*

général »[2089]. En dépit des paradoxes de cette reconfiguration, l'intervention de l'État est une impérieuse nécessité alors que toute une série de critiques a été adressée à l'autorégulation sauvage et à la puissance sans limites des organisations transnationales[2090]. Dans ce cadre, le rôle étatique « *se borne à leur imposer certaines règles du jeu* »[2091]. Cette position de superviseur « *est susceptible de redonner à* [l'État] *une légitimité, faisant de lui le principe d'ordre et de cohésion* »[2092] dans cet espace de « *diffraction du pouvoir* »[2093].

394. Limites – Cependant, ce nouvel équilibre ne dissipe pas les possibles distorsions entre la finalité affichée et les ambitions réelles des acteurs, spécialement lorsque des intérêts privés sont en jeu. Leurs intentions véritables ne peuvent être connues, elles demeurent spéculatives et obscures[2094]. Sans conteste, « *les objectifs premiers des pratiques de* [RSO] *resteront toujours au premier chef de servir les intérêts de l'* [organisation] »[2095]. Leur légitimité risque d'être altérée par l'existence d'un décalage entre les engagements pris et les comportements effectivement adoptés[2096]. Par conséquent, « *seules l'intention affichée et les réalisations effectives – lorsqu'elles sont établies – devraient être considérées* »[2097] pour apprécier la légitimité des normes relatives à la diversité. Néanmoins, ce réalisme n'épuise pas les interrogations éthiques et morales sous-tendues par les intérêts catégoriels puissants, parfois difficilement conciliables avec les valeurs auxquelles les acteurs prétendent se soumettre. D'aucuns considéreront qu'il revient au législateur et au juge de garantir le respect de la dignité des individus et leurs droits, non aux organisations de la société civile. Le choix de privilégier les effets des actions ou les motivations qui les sous-tendent est éminemment politique[2098]. L'État et l'Union européenne semblent clairement avoir pris parti pour la seconde solution. Une

---

[2089] F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, n° 109, 2004, p. 23.
[2090] I. DAUGAREILH, « Responsabilidad social de las empresas transnacionales […] », *op. cit.*, p. 93-123 ; G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004, p. 81
[2091] J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 829.
[2092] A. -J. ARNAUD, « Introduction » *in* J. CLAM, G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 82.
[2093] G. PAQUET, « La nouvelle gouvernance, la subsidiarité et l'état stratégique » *in* OCDE, *La gouvernance au XXIe siècle*, 2001, p. 224.
[2094] En ce sens, M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit*., p. 514.
[2095] B. DUBRION, E. MAZUYER, « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques de RSE », *SSL*, n° 1576, 2013, p. 75-84.
[2096] Par ex., lors de l'audition de D. Ernotte (1h13 et suiv.), candidate à sa propre succession à la tête de France Télévision, le CSA a souligné la faiblesse du bilan diversité et parité de l'entreprise, en dépit des engagements affichés.
[2097] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit*., p. 514.
[2098] En ce sens, *ibid*., 511.

façon de relativiser ce dilemme est de considérer l'exercice du pouvoir au cœur de la régulation relative à la diversité.

B – L'adhésion au pouvoir

395. Plan – Les sources (1) et les facteurs d'adhésion au pouvoir de la normativité portant sur la diversité sont multiples (2).

1 – Les sources d'adhésion

396. Un pouvoir juridique – Dans le registre politique, la légitimité « *désigne le bien-fondé du Pouvoir, ce qui lui confère sa justification* »[2099]. Appliquée à l'État, cette acception donne à voir le constat d'un affaiblissement de la puissance publique. La globalisation « *entraîne l'érosion des capacités de régulation étatique : les États sont désormais traversés par des flux de tous ordres, qu'ils sont incapables de contrôler, de canaliser et au besoin, d'endiguer ; le droit étatique perd toute prise directe sur des phénomènes qui se déploient sur une échelle infiniment plus vaste* »[2100]. Ce contexte donne lieu à une montée en puissance de nouveaux acteurs, les entreprises, les ONG, les collectivités publiques. Avec ce renouvellement des rapports de force, la création de dispositifs traitant de la diversité est l'expression du pouvoir que détiennent leurs auteurs. Leur autorité s'exerce dans un espace particulier, leur sphère d'influence, qui peut s'étendre du périmètre *stricto sensu* de l'organisme à l'ensemble de ses parties prenantes. En l'occurrence, ce pouvoir n'est pas seulement de nature économique ou politique. Il peut être juridique, puisque le droit est l'un des canaux du pouvoir. Ce type de pouvoir se définit comme une « *prérogative juridique* »[2101], « *un pouvoir de droit, fondé en droit* »[2102]. Sous le prisme positiviste, le fondement du pouvoir en droit lui confère une légitimité, plus ou moins directe le cas échéant[2103].

397. La difficulté de trouver un fondement à ce pouvoir dans les sources traditionnelles du droit – En principe, les prérogatives juridiques trouvent leur source dans une règle de droit. Toutefois, en l'espèce, ce cas de figure se limite formellement à quelques instruments : le Label diversité par exemple, créé par décret ou le guide du CSESS, prévu par la loi, voire dans une

---

[2099] S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » *in* D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture […]*, *op. cit.*, p. 929.
[2100] J. CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? » *in* C. –A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37.
[2101] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 782.
[2102] *Ibid.*
[2103] D. MARDON, « *Soft law*, droits fondamentaux et légitimité », *op. cit.*, p. 134.

moindre mesure, l'ANI relatif à la diversité, étendu par décret[2104]. À l'exclusion de ces quelques cas de figure, la norme relative à la diversité peut trouver une légitimité en empruntant le régime juridique matériel d'autres catégories de droit, comme le contrat, l'engagement unilatéral de volonté, les mesures d'ordre intérieur ou le règlement intérieur[2105]. Néanmoins, l'assimilation peut s'avérer délicate. À titre d'illustration, le périmètre du règlement intérieur est limité, ce qui fait que les mesures observables dans les dispositifs traitant de la diversité se situent parfois en marge de son régime juridique[2106]. Ainsi en est-il de mesures en faveur de l'égalité des chances par exemple[2107]. Dans le même sens, la circulaire de 2008 relative aux chartes éthiques exclut les normes exprimant les principes et les valeurs de l'organisation du champ du règlement intérieur[2108].[2109] Une solution est alors d'imaginer que les normes relatives à la diversité dans le périmètre de l'organisation se rattachent au pouvoir normatif de l'employeur, consacré en 1999 par le Conseil d'État[2110]. De manière résiduelle, et à l'instar de la section du rapport et des études, il est aussi simplement possible de voir dans ces instruments l'expression des libertés fondamentales de leurs auteurs, telles que la liberté d'association, la liberté d'expression, la liberté individuelle ou encore la liberté d'entreprendre[2111]. Rattachée à l'article 4 de la DDHC par le Conseil constitutionnel[2112], cette liberté est intéressante, car elle implique la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs, sans pour autant l'autoriser à verser dans la discrimination[2113]. Dans l'emploi public, ce choix est régi par l'article 6 de ce texte qui conditionne le recrutement au principe d'égale admissibilité. Bien que les autorités

---

[2104] Art. 1er, décr. nº 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* ; art. 3, loi nº 2014-856 du 31 juillet 2014 *relative à l'économie sociale et solidaire* ; arr. nº NOR : MTST0804775A du 22 février 2008 *portant extension de l'accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise*.

[2105] V. *supra*, § 307 et suiv.

[2106] Art. L. 1321-1 et suiv. c. trav. Il concerne exclusivement la santé et la sécurité dans l'entreprise, la participation des employés à ces matières, les règles relatives à la discipline et aux sanctions. Il rappelle les dispositions ayant trait aux droits de la défense des salariés et celles relatives aux harcèlements moral et sexuel et aux agissements sexistes.

[2107] V. *infra* § 424 et suiv.

[2108] Circ. nº 2008/22 du 19 novembre 2008 *relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur*, spéc. p. 10. Pour une classification plus précise, v. E. Mazuyer, « La soft law : outil juridique ou outil communicationnel ? L'exemple de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, S. DAUCHY, *Droit justice et politiques communicationnelles : permanence et ruptures*, Paris, Mare & Martin, 2015, spéc. p. 206-218.

[2109] V. plus largement, spéc. p. 200-6.

[2110] CE, sect., 11 juin 1999, nº 195706, *Chicard* : *RFDA*, nº 6, 2000, p. 1330 concl. G. BACHELIER ; *D.*, nº 8, 2000, p. 88 obs. C. GIRAUDET ; *DS*, nº 12, 2000, p. 1059 com. M. VERICEL. Il admet qu'une disposition d'ordre déontologique s'impose au salarié, alors même qu'elle n'a pas été incorporée au règlement intérieur.

[2111] CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 130. Dans le même sens, D. MARDON, « *Soft law*, droits fondamentaux et légitimité », *op. cit.*, p. 135.

[2112] Cons. const., 16 janvier 1982, nº 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, cons. nº 16.

[2113] Cons. const., 20 juillet 1988, nº 88-244 DC, *Loi portant amnistie*, cons. nº 22.

aient trouvé dans cette disposition une justification aux mesures compensatoires qu'elles adoptent pour diversifier le profil sociodémographique des agents administratifs, ces fondements constitutionnels ne paraissent pas totalement solder la question de la légitimité du pouvoir juridique, notamment à l'égard des prérogatives exercées sur autrui[2114]. En fin de compte, ces quelques pistes pour penser la légitimité du droit de la régulation relatif à la diversité au prisme du droit dur conduisent à des circonvolutions qui invitent à penser autrement cette question.

398. L'alternative interactionniste – Un autre point de vue proposé par M. Larouer est d'appréhender le lien entre le pouvoir et la légitimité sous l'angle de la sociologie politique[2115]. Dans sa dimension interactionniste, « *le pouvoir est une relation qui se caractérise par la mobilisation de ressources pour obtenir d'un tiers qu'il adopte un comportement auquel il ne se serait pas résolu en dehors de cette relation* ». C'est ce qu'exprime Max Weber, en énonçant que « *le pouvoir signifie toute chance d'imposer, à l'intérieur d'une relation sociale, sa propre volonté, à l'encontre même de résistances* »[2116]. Dans cette acception, la légitimité est entendue comme « *une qualité du pouvoir dont l'acceptation se fonde non sur la coercition comme ressource première, mais sur le consentement réputé libre de* [celui] *qui s'y trouve soumise* »[2117]. Ici, le pouvoir est synonyme d'un rapport de forces, au sein duquel les destinataires de la norme acceptent librement de s'y soumettre et d'infléchir leur conduite en vertu de celle-ci. Leur adhésion légitime donc activement ce pouvoir[2118]. Cette idée a donné naissance au concept de légitimité consensuelle, « *selon laquelle la règle, pour être légitime, a besoin de l'onction du consentement de celui à qui elle s'applique* »[2119]. Dans une démocratie représentative en perte de légitimité, cette approche aurait pour vertu de fonder l'action publique sur le consensualisme[2120]. La « *règle ne doit plus être imposée de l'extérieur, mais définie par ses destinataires, par ceux à qui elle s'applique* »[2121]. Ce faisant, la notion permet

---

[2114] Sur cette inscription dans le cadre constitutionnel, v. *infra* § 480 et suiv.
[2115] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016, p. 502 et suiv.
[2116] G. HERMET, B. BADIE, P. BIRNBAUM et *al*., *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Armand Colin, 5e éd., 2001, p. 248.
[2117] *Ibid*., p. 157.
[2118] D. MARDON, « *Soft law,* droits fondamentaux et légitimité » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 135.
[2119] P. LOKIEC, « Contractualisation et légitimité procédurale » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 97-8.
[2120] M. AMILHAT, « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public », *RFDA*, no 1, 2018, p. 1-9.
[2121] P. LOKIEC, « Contractualisation et légitimité procédurale », *op. cit*., p. 95.

de proposer une autre lecture de la légitimité du droit de la régulation relatif à la diversité. Encore faut-il déterminer les facteurs qui fondent l'assentiment au cœur de cette légitimité.

2 – Les facteurs d'adhésion

399. L'approche néo-institutionnelle de la légitimité – La thèse néo-institutionnelle est dérivée de la conception wébérienne rationnelle légale de la légitimité[2122]. Plutôt que de reposer sur la croyance en la force de la loi et des règlements comme cette dernière, elle s'appuie sur l'idée que « *les actions d'une entité sont souhaitables, appropriées ou adéquates dans un système de normes, de valeurs, de croyances et de définitions socialement construit* »[2123]. La légitimité du pouvoir résulte alors de trois processus fondamentaux qui se coproduisent, s'imbriquent et se renforcent mutuellement. Le premier est la contrainte coercitive, imposée par la force obligatoire de la loi et la sanction dont elle est assortie. Le deuxième est la contrainte normative, qui guide et oriente les comportements. La troisième et dernière est la contrainte mimétique, de laquelle procèdent les phénomènes d'imitation qui existent entre les organisations. Déjà entrevues lors de l'étude du droit souple, ces logiques fournissent une explication à l'adhésion des acteurs aux dispositifs traitant de la diversité. Dans cette hypothèse, la contrainte coercitive découle principalement du cadre juridique, notamment des règles de non-discrimination. Extérieure aux normes relatives à la diversité, cette contrainte motive les acteurs à agir pour se conformer à la loi et à endogénéiser le droit pour maîtriser le risque juridique. La contrainte normative résulte des bonnes pratiques ainsi promues qui aspirent à guider les comportements. Quant à la contrainte mimétique, elle est induite par des *role models* organisationnels dont le comportement, l'exemple et le succès génèrent des phénomènes d'imitation sur le terrain de la diversité.

400. La définition ternaire de la légitimité de Suchman[2124] – D'autres facteurs peuvent venir renforcer la légitimité du pouvoir. Les sciences de gestion distinguent les dimensions morales, pragmatiques et cognitives de la légitimité. Le paradigme de la diversité s'insère d'abord dans un système de croyances communes à l'environnement de l'organisation[2125]. La

---

[2122] M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, *op. cit.*, p. 39.
[2123] M. C. SUCHMAN, « Managing legitimacy : strategic and institutional approaches », *Academy of Management Review*, n° 3, 1995, p. 574. Traduction personnelle de l'auteur.
[2124] *Ibid.*, p. 571-610.
[2125] I. BARTH, « La face cachée du management de la diversité. Effet de mode ? Recherche de légitimité ? Discours ? » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 276.

légitimité morale sera fonction du degré de conformité de l'organisation aux valeurs partagées avec ses parties prenantes[2126]. L'enjeu est de se faire accepter, d'être en phase avec elles. Sous ce rapport, l'intégration d'un objectif de diversité par les acteurs serait « *révélatrice d'une conviction forte : celle selon laquelle la reconnaissance des valeurs de la diversité, non seulement serait devenue politiquement correcte, mais ferait désormais partie intégrante de ce que l'opinion publique estimerait non négociable au point d'y voir une condition nécessaire de légitimité et de réussite pour les organismes privés ou publics appelés à gérer des ressources humaines* »[2127]. Dans la même veine, quoique plus spécifique, la légitimité pragmatique est acquise lorsque l'organisation adopte des dispositions socialement valorisées[2128]. Un acteur-stratège verra sa légitimité croître à mesure qu'il sera en capacité d'apporter une réponse immédiate à une demande d'une de ses parties prenantes : « *telle entreprise va diversifier ses recrutements pour répondre à la pression politique de son environnement (cas de la Grande Distribution, dont le groupe Casino est un très bon exemple), telle autre est amenée à maintenir dans l'emploi des seniors ou à faire évoluer des femmes pour répondre aux attentes de son autorité de tutelle* »[2129]. Enfin, un dernier facteur de légitimation est ancré dans une compréhension fine par les acteurs de leur environnement[2130]. Cette légitimité cognitive renvoie au sens que donne l'organisation à ses actions. L'enjeu est de construire sur le long terme, de façon à ne pas être remise en question, à donner l'image d'une expertise sur le sujet. Des filiales de grands groupes internationaux qui se sont positionnées très tôt sur le terrain de la lutte contre les discriminations et du management de la diversité, comme Hewlett Packard ou l'Oréal, détiendraient ce genre de légitimité aux yeux de leur environnement[2131].

401. Pour conclure, avec ces autres regards sur la légitimité « *l'acceptation du pouvoir semble se fonder moins sur la croyance en sa légalité pure que sur son opportunité* […] *sa conformité à des valeurs partagées par les sujets de pouvoir et son appui sur le savoir* »[2132] de l'organisation. Coercitif, normatif, mimétique ou pragmatique, moral et cognitif, les facteurs d'adhésion au pouvoir sont pluriels, sans doute multipliables et susceptibles de varier selon le

---

[2126] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité comme processus de légitimation organisationnelle. Cadrage théorique et exemples empiriques », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 1, 2017, p. 217.
[2127] A. RENAUT, *Un humanisme de la diversité, Essai sur la délocalisation des identités*, Paris, Flammarion, 2009, p. 12.
[2128] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité […] », *op. cit.*, p. 233.
[2129] I. BARTH, « La face cachée du management de la diversité […] », *op. cit.*, p. 277.
[2130] S. ROUSSEAU, « Le code d'éthique : un instrument […] », *op. cit.*, p. 42-5.
[2131] I. BARTH, « La face cachée du management de la diversité […] », *op. cit.*, p. 277.
[2132] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit, op. cit.*, p. 509.

cas d'espèce. Ils offrent un autre point de vue sur la légitimité d'un droit fonctionnant sur le mode de l'autorégulation et de la corégulation.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

402. À nouveau, le droit de la régulation relatif à la diversité est marqué par le paradoxe. L'endogénéisation managériale du droit de la non-discrimination et le souci de tenir à distance la contrainte juridique sont susceptibles d'aboutir à un résultat opposé à celui annoncé par les opérateurs de la diversité et à ce qui est attendu par la puissance publique. Au nom de la maximisation de l'utilité collective, la lutte contre les discriminations glisse d'une exigence de justice sociale aux justifications utilitaristes et avec elle, l'égalité ontologique et juridique vers l'essentialisation. Sous l'effet conjugué de ce pragmatisme vertueux avec la souplesse et l'endogénéité de la méthode et des instruments, le droit est exposé au risque de voir sa substance appauvrie. À défaut d'y prendre garde, les normes portant sur la diversité peuvent rapidement se placer en deçà des exigences légales. Le risque de les voir dévoyées et verser dans la discrimination n'est pas à sous-estimer.

403. Ces tensions se prolongent à travers la confrontation du droit de la régulation relatif à la diversité au standard juridique de la légitimité. Celle-ci apparaît plutôt faible au regard de la norme et de son auteur. Quant à la puissance publique, le choix de la corégulation semble surtout traduire l'absence de réelle volonté politique de traiter le problème des discriminations. Toutefois, cette lecture politico-juridique de la légitimité ne doit pas occulter d'autres facteurs de légitimation. Convenir de la légitimité du droit de la régulation relatif à la diversité suppose alors de le détacher du logiciel légaliste. Cette évolution inaugure d'autres pôles de légitimité, à côté des aspects juridiques traditionnels de la représentation et de la participation[2133]. Alors que les fondements légalistes de la légitimité sont déséquilibrés par ces nouveaux visages du droit, l'objet de la norme, mais aussi l'adhésion de ses destinataires, offrent de nouvelles perspectives de légitimation qui appellent peut-être à reconsidérer le rôle des acteurs dans la conception et la mise en œuvre du droit au sein de la théorie des sources.

[2133] E. HACHE, « La responsabilité, une technique de gouvernementabilité néolibérale », *Raisons politiques*, n° 28, 2007, p. 49-65.

CONCLUSION DU TITRE 2

404. Alors que la régulation a parfois été présentée comme un « *remède à la crise de la normativité imposée* »[2134], les implications du droit de la régulation relatif à la diversité apparaissent plus nuancées. Dans ce cadre, deux modes de régulation juridique se côtoient au sein du système juridique qui ne sont pas sans rappeler les situations de concurrence décrites par T. Kuhn. Tandis que la lutte contre les discriminations correspond à un « État fort », appuyé par une régulation législative répressive, la traduction juridique du paradigme de la diversité cadre avec un « État animateur », privilégiant une régulation incitative et négociée misant sur le volontarisme des acteurs sociaux[2135]. Ainsi, si les normes traitant de la diversité ont notamment vocation à servir le droit de la non-discrimination, la réalité normative est plus ambigüe. Cette cohabitation transparaît parfaitement dans les hésitations et les confusions qui caractérisent ce volet de lutte contre les discriminations et qui se prolonge à travers la dichotomie de la responsabilité sociale et juridique. Mais l'oscillation entre ces deux pôles normatifs est aussi génératrice de tensions. Managéralisation et marginalisation illustrent ce que le droit de la régulation relatif à la diversité fait, ou tout du moins est susceptible de faire, au droit de la non-discrimination. Se pose alors la question de la légitimité de ces normes et de leurs auteurs, mais aussi du rôle de la puissance publique dans cette délicate équation. Malgré ces frictions, les interactions de ces deux méthodes de régulation peuvent aussi participer à l'effectivité et à la construction du droit grâce à une unité partagée dans les buts que servent ces logiques. L'intérêt des normes portant sur la diversité n'est donc pas inexistant, en particulier au regard de leur ancrage dans le réel. Elles gagneraient à être assainies de leurs hypothèses utilitaristes et mieux coordonnées à une action publique antidiscriminatoire renforcée. Au demeurant, la dialectique de la régulation concourt au renouvellement des cadres de pensées du droit à travers une compréhension fine de son environnement. Finalement, ce sont donc le paradoxe et l'ambiguïté qui donnent le mieux la mesure des implications de ce droit de la régulation relatif à la diversité.

[2134] G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *op. cit.*, p. 10.
[2135] En ce sens, A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 338.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

405. Les sociétés postmodernes sont marquées par le recul de la réglementation traditionnelle au profit de nouvelles techniques juridiques de régulation partagées entre les mains de l'État et des autres acteurs sociaux. Ces transformations invitent à sortir de la sphère du droit telle qu'elle est entendue classiquement pour déboucher sur des analyses plus ouvertes du phénomène juridique[2136]. Dans ce cadre qui pourrait s'apparenter à celui d'une coexistence, voire d'un changement de paradigme dans les sciences épistémologiques, la référence à un droit de la régulation a une valeur heuristique certaine pour appréhender le paradigme de la diversité en droit. Elle permet de rendre compte des inflexions dans la consistance du droit où les procédés incitatifs se mêlent aux procédés contraignants et la négociation à l'unilatéralisme pour tenter de répondre aux problèmes des discriminations et des inégalités. Épousant la complexité du réel, ces fondements du droit de la régulation s'enracinent « *selon un équilibre complexe et évolutif* »[2137], comme en atteste la multitude de dispositifs législatifs, réglementaires, contractuels ou de droit souple, adoptés en la matière. Ils mettent en évidence l'éclatement des processus de production du droit, dispersés en de multiples foyers**.** Parfois décrites de manière pessimiste, ces évolutions ne semblent pas correspondre à un déclin du droit, mais plutôt à un renouvellement de ses acteurs, de ses principes d'action, de ses méthodes et de ses instruments dans le sens de l'hybridation. L'idée trouve une confirmation dans le fonctionnement général du droit de la régulation, apparenté à « *une sorte de technique de "cogestion" des conduites, qui s'inscrit dans un dialogue permanent et complexe entre les gouvernants et les gouvernés* »[2138] dont les instruments traitant de la diversité sont le reflet. Pour la puissance publique, la régulation n'est pas synonyme de désengagement, mais de redéfinition de ses modalités d'intervention, davantage tournées vers une « *"gouvernance" qui emprunte des voies plus sinueuses* »[2139].

406. Le prisme de la régulation permet aussi un regard critique. Il en ressort que le droit de la régulation relatif à la diversité devrait être manipulé avec précaution, tant ses implications sont à double tranchant. Avec cette logique, le système juridique fait cohabiter assez

---

[2136] J. –L. AUTIN, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 52.
[2137] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4e éd., 2017, p. 203.
[2138] P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 292.
[2139] J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 203.

maladroitement des espaces normatifs distincts, animés par des ordres de préoccupations disparates et gouvernés par des rationalités spécifiques, dont la coexistence ne relève pas toujours de l'évidence. La fonction et les cadres traditionnels du droit s'en trouvent perturbés : la prolifération de règles, nées entre les mains de multiples acteurs et dont la portée est variable, pourrait leur nuire. Malgré ces tensions, le droit de la régulation relatif à la diversité recèle un potentiel intéressant, notamment pour lutter contre les discriminations de manière complémentaire à la régulation juridique traditionnelle. Paradoxal et ambigu, ce droit renouvelle et sert donc la raison juridique autant qu'il la perturbe et peut la compromettre.

407. Parce que « *la démocratie est, en profondeur, l'organisation de la diversité* »[2140] selon la célèbre formule d'E. Morin, l'enjeu est aussi de savoir comment le droit tente de faire advenir matériellement cette diversité oblitérée par les discriminations et les inégalités. L'appareillage juridique du paradigme de la diversité apporte à cette question la réponse de la différenciation.

[2140] E. MORIN, B. CYRULNIK, *Dialogue sur la nature humaine*, Paris, Éd. de l'Aube, 2011, p. 64.

PARTIE 2
UN DROIT DIFFÉRENCIALISTE

408. Position du problème – Dans sa veine méta-imaginaire, le paradigme de la diversité renvoie à un horizon à la fois idéal et programmatique duquel les inégalités et les discriminations ont disparu. Une société caractérisée par la diversité – sans que ses composantes soient nécessairement spécifiées – est une société qui a lutté efficacement contre ces phénomènes. À cet effet, les disparités socioéconomiques et les différences de traitement illégitimes ne doivent pas s'ériger en obstacles empêchant d'accéder aux différentes sphères sociales et d'y évoluer. L'emploi, les filières d'excellence de l'enseignement supérieur, les fonctions électives et même les médias doivent s'ouvrir sans entraves à la variété du corps social. Appuyé sur la différence, le paradigme de la diversité invite à la prise en compte dans la vision de la société de l'existence de singularités pour mieux les transcender[2141]. Ces espaces sociaux qui sont souvent sociodémographiquement homogènes sont sommés de refléter l'hétérogénéité de la population.

409. Un droit différencialiste – L'ouverture sociale, la non-discrimination, ne constituent pas seulement un idéal. Suivant la théorie de T. Kuhn, elles sont aussi le nom de problèmes auxquels le paradigme de la diversité a vocation à apporter une solution suivant des hypothèses, une méthodologie et des instruments particuliers[2142]. Cette réponse fournie par l'appareillage juridique du paradigme de la diversité a pour particularité de s'appuyer en substance sur les différences factuelles entre les individus et les territoires. Elle emprunte ainsi la voie de ce que O. Bui-Xuan appelle le « *différencialisme* », c'est-à-dire un droit qui « *ne renvoie à aucun courant de pensée ou doctrine, mais suppose la simple prise en considération des différences de fait* »[2143]. Cette notion se distingue du « *"différentialisme" lequel désigne souvent une doctrine à connotation naturaliste et essentialiste* »[2144]. Dans son principe, la différenciation juridique est classique. Pour s'en tenir à une période récente, l'interventionnisme public est caractérisé par la prise en compte des différences de situation individuelle depuis la fin des années 1970. Dès 1965, les écrits de J. Rivero témoignent de la constitution d'un État social qui

[2141] S. APRILE, S. DUFOIX, *Les mots de l'immigration*, Paris, Berlin, 2009, p. 117-8.
[2142] V. *supra*, § 60 et suiv.
[2143] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 5.
[2144] *Ibid.*

a substitué « *à l'égalité recherchée dans la généralité* [...] *une égalité par la différenciation* »[2145]. L'égalité formelle est relativisée au profit d'une logique d'équité, entendue comme une « *atténuation* [une] *modification apportée au Droit, à la loi, en considération de circonstances particulières* »[2146]. En l'espèce, l'adoption de règles différenciées constitue une réponse aux faiblesses de l'universalisme juridique qui s'est révélé insuffisant pour combler les inégalités socioéconomiques et empêcher les discriminations. La lutte contre ces différences iniques implique de différencier les individus ou les territoires. De ce point de vue, les normes relatives à la diversité partagent leur fondement différencialiste avec d'autres normes visant à lutter contre les discriminations et les inégalités. En l'occurrence, ce glissement du registre factuel au registre juridique est justifié par le dessein de renforcer la diversité dans les différentes sphères sociales, alors même que la population est segmentée par les inégalités et les différences de traitement illégitimes qui verrouillent la disponibilité de ces espaces. Dans l'esprit des auteurs de ces mesures, la prise en compte des situations de fait dans les normes sur la diversité doit permettre d'endiguer ces phénomènes. À « *une société morcelée, doit ainsi correspondre un droit morcelé* »[2147]. La focale mise sur la substance différencialiste des normes relatives à la diversité révèle alors un périmètre plus vaste que celui envisagé précédemment sous l'angle de la régulation, qu'il englobe, tout en recouvrant des normes et procédés d'action publique plus traditionnels. Cet élargissement s'explique en effet par la permanence de l'interventionnisme public en matière d'égalité des chances dans les domaines régaliens de l'éducation et de l'emploi public. Pour autant, cela ne signifie pas que les administrations concernées ne mettront pas en place un dispositif de diversité sur le mode de l'autorégulation. Bien au contraire, dans ces secteurs, les normes relatives à la diversité sont plutôt synonymes d'hybridation des méthodes d'action publique que d'un raidissement de l'interventionnisme étatique.

410. La compensation des inégalités – Compte tenu de ce qui précède, les normes relatives à la diversité semblent subordonnées à l'égalité qu'elles exploitent au travers de « *politiques redistributives qui visent à* [la] *traduire en acte* »[2148]. Un grand nombre de dispositifs de l'État Providence fonctionnent déjà selon un principe de rattrapage dont la réalisation est appuyée sur

---

[2145] J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », Trav. Ass. Capitant, t. XIV, 1965, p. 343 cité par L. BONNARD-PLANCKE, P. – Yves VERKINDT, « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *DS*, nº 11, 2006, p. 968-80.
[2146] G. CORNU, *Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 2014, p. 411.
[2147] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […], op. cit.*, p. 30.
[2148] L. BERENI, A. JAUNAIT, « "Usages de la diversité" », *Raisons politiques*, nº 35, 2009, p. 6.

des critères de distinction entre les individus[2149]. Pour compenser les effets de l'exclusion, la différenciation consiste à inscrire dans la norme portant sur la diversité un avantage en faveur d'individus ou de territoires singulièrement affectés par les inégalités socioéconomiques. En fonction des contextes et des techniques retenues, ces dispositifs sont créés par les pouvoirs publics ou les acteurs de terrain. Ils sont ensuite mis en place de manière plus ou moins volontaire par les opérateurs de la diversité. Ce type de traitement différencié, O. Bui-Xuan le nomme « *différencialisme compensatoire* »[2150], J. Chevallier le qualifie de « *particularisme* »[2151], là où D. Lochak identifie un « *droit redistributif* »[2152] et F. Cafarelli des « *discriminations compensatoires* »[2153]. Quel que soit le nom donné à la différenciation, le procédé est gouverné par un idéal de justice redistributive qui « *tente de donner des chances identiques à tous en compensant les difficultés et les handicaps rencontrés par certains individus ou concentrés dans certains territoires* »[2154]. Il est une manifestation de ce que D. Schnapper appelle la « *démocratie providentielle* »[2155], c'est-à-dire une société dans laquelle il ne s'agit plus seulement d'assurer l'égalité de tous devant la loi, mais aussi de rechercher l'égalité de tous par la loi. En l'espèce, le recentrage de l'action par l'État et les autres opérateurs de la diversité vers des collectifs ou des espaces géographiques particulièrement défavorisés sur le plan économique et social est censé renforcer les chances des individus concernés d'accéder à un emploi et aux formations très sélectives de l'enseignement supérieur. Promouvoir la diversité consiste alors à accroître la présence des membres de ces groupes dans les lieux socialement valorisés au moyen de traitements différenciés de nature compensatoire[2156].

411. La prévention des discriminations – Cependant, les mesures compensatoires seules ne permettront pas de renforcer la diversité sociodémographique si des individus sont tenus à l'écart en raison de caractéristiques personnelles qui les distinguent du reste de la population. Chaque personne doit pouvoir accéder aux meilleures places sans être discriminée et y évoluer librement. C'est pourquoi la lutte contre les discriminations a une place essentielle parmi les normes traitant de la diversité. Dans cette perspective, il s'agit plus exactement de prévenir le

[2149] M. DOYTCHEVA, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2e éd., 2011, p. 72.
[2150] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […]*, *op. cit.*, p. 33 et suiv.
[2151] J. CHEVALLIER, « L'état régulateur », *RFAP*, nº 111, 2004, p. 476.
[2152] D. LOCHAK, « Lutte contre les discriminations, le piège des mots », *LDH Info*, nº 141, 2005, p. IV.
[2153] F. CAFARELLI, *Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoires en droit public français*, Montpellier, Thèse de doctorat en droit, Université Montpellier 1, 2007.
[2154] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […]*, *op. cit.*, p. 31.
[2155] D. SCHNAPPER, *La démocratie providentielle*, Paris, Gallimard, 2002.
[2156] L. BERENI, A. JAUNAIT, « "Usages de la diversité" », *op. cit.*, p. 7.

risque discriminatoire avant qu'il ne se réalise. La particularité de cette entrée par le risque réside dans l'internalisation de ces normes dans les règles qui régissent le fonctionnement de l'organisation. Selon cette approche, « *la diversité n'a pas à être recherchée : elle sera automatiquement produite, comme une conséquence nécessaire de l'absence de discriminations* »[2157]. Dans une moindre mesure, la prévention des discriminations supposera également de représenter la diversité de la société française. Cette visibilité nouvelle doit contribuer à faire évoluer les regards sur les différences et endiguer sur le long terme les comportements d'exclusion illégitimes.

412. Un fondement commun – Dans ce cadre dual, compensation et prévention ont pour point commun de reposer sur le différencialisme juridique. Pourtant, chacune relève de fondements théoriques et opérationnels distincts. Leur coexistence s'explique par le fait qu'en France « *la lutte contre les discriminations n'apparaît pas* […] *comme une fin en soi, ni même comme le principal moyen, mais tout au plus comme un moyen supplémentaire, de réduction des inégalités* »[2158]. Historiquement, la lutte contre les inégalités socioéconomiques a d'ailleurs dominé le champ d'intervention de l'État providence. Ce n'est que dans un second temps, à compter du début des années 2000, que la lutte contre les discriminations lui a été adjointe. Dans le même temps, la reformulation du problème des inégalités socioéconomiques en question d'égalité des chances opérait un élargissement de l'action, alors essentiellement assurée par l'État, vers d'autres acteurs publics et privés. Il faut dire également que dans les faits, les personnes exclues socioéconomiquement sont aussi souvent celles qui sont victimes de discriminations. Par conséquent, le différencialisme qui inspire ces mesures a pour point commun d'apparaître « *comme le prolongement de l'universalisme dont la cécité aux différences de fait n'a pas permis d'atteindre l'homogénéisation escomptée* »[2159]. Par suite, qu'elle soit compensatoire ou préventive, la différenciation tend vers la réalisation d'un « *universalisme concret* »[2160]. Compensation des inégalités (Titre 1) et prévention des discriminations (Titre 2) constituent alors les deux facettes de la différenciation qui façonnent l'appareillage juridique du paradigme de la diversité pour répondre à la lutte contre les injustices

[2157] E. DESCHAVANNE, « La discrimination positive face à l'idéal républicain : définition, typologie, historique, arguments » *in* CAS, *Pour une société de la nouvelle chance : une approche républicaine de la discrimination positive*, 2006, p. 135.
[2158] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *LRDH*, n° 9, 2016, § 25.
[2159] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […], op. cit.*, p. 30.
[2160] *Ibid.*, p. 515.

socioéconomiques et les différences de traitement illégitimes. Néanmoins, l'une et l'autre n'ont pas le même degré de différenciation. Là où, dans le prolongement de ses racines historiques, le principe de la compensation prend en compte des critères socioéconomiques, la prévention des discriminations, suivant en cela la sanction de ce phénomène, approfondit l'attention portée à un spectre plus large de différences, englobant certaines caractéristiques dénuées de tout lien avec les qualités ou les actions individuelles. Ces deux degrés de différenciation justifient de lire le différencialisme de manière croissante.

TITRE 1
LA COMPENSATION DES INÉGALITÉS

413. Position du problème – La compensation des différences de fait relève d'un problème de justice sociale. Stagirite, dans *Éthique à Nicomaque*[2161], a distingué la justice distributive de la justice commutative : « *dans le contexte commutatif, l'égalité est rigoureusement arithmétique. Chaque homme en vaut un autre de sorte que la justice commutative recouvre l'obligation fondamentale dans un ordre juridique, d'assurer l'égalité formelle. Dans le contexte distributif, la justice constitue un "milieu", un point d'équilibre dans une relation. La justice distributive est propre au partage de ce qui est dû par la cité à chacun et correspond donc à "quelque chose de proportionnel". Elle renvoie à une forme d'égalité qui procède nécessairement par différenciation et vise le plus souvent l'égalité substantielle ou réelle* »[2162]. Selon J. Rawls, une société démocratique juste doit associer l'égalité fondamentale de tous les individus d'une part et les inégalités considérées comme justes, car résultant de la compétition méritocratique d'autre part. Pour autant, le philosophe admet la possibilité de compenser les disparités pour garantir l'égalité des chances. Un traitement différent peut être admis dès lors qu'il profite aux plus défavorisés afin de rétablir les conditions d'une juste concurrence méritocratique[2163]. De nos jours, la réduction des inégalités caractérise l'action publique dans toutes les sociétés occidentales. En la matière, la légitimité de l'intervention de l'État est reconnue, alors que celle des autres acteurs de la société civile s'affirme avec force dans le cadre de la RSO.

414. De la crise de l'État providence – En France, l'État providence prolonge l'universalisme juridique. L'égalité des droits, y compris dans la sphère socioéconomique, en est la clé de voûte. Ce système traditionnel s'est pourtant avéré insuffisant pour combler les inégalités socioéconomiques et les a parfois consolidées[2164]. L'universalisme juridique est tout entier appuyé sur la notion de citoyen à laquelle la DDHC a reconnu des droits civils et politiques, mais l'égalité des droits n'est pas forcément un facteur suffisant d'unification du corps social. En outre, l'attribution égalitaire des droits sociaux, dits droits de deuxième

[2161] ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Éditions les Echos du Maquis, 2014.
[2162] R. HERNU, « Égalité et non-discrimination » *in* J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J. –P. MARGUENAUD et *al*., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 284.
[2163] V. la thèse de l'auteur J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, 1987.
[2164] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […]*, *op. cit.*, p. 35.

génération, fonctionne moins bien que celle des droits de première génération du fait de la rareté de leur objet. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que le nombre d'emplois disponible sur le marché du travail est limité, alors même que le droit à l'emploi est un droit universel[2165].

415. L'égalité des chances comme réponse à la crise – Dans son rapport public de 1996, le Conseil d'État s'est ému de la progression des inégalités socioéconomiques. Lorsque les liens qui relient chaque individu à la société sont fragilisés, voire rompus, alerte-t-il, « *l'égalité des droits risque d'apparaître comme une pétition purement formelle* »[2166]. Avec la crise de l'État providence, à « *l'égalité des droits s'est graduellement substituée la notion d'égalité des chances* »[2167]. Dès les années 1970, mais surtout à partir des années 1990, les pouvoirs publics se dotent d'instruments pour réduire les inégalités socioéconomiques. À partir des différences de fait, ils cherchent à compenser les handicaps socioéconomiques qui affectent les publics les plus vulnérables pour donner les mêmes chances à tous d'évoluer dans la société[2168]. Ces « *inégalités compensatrices* »[2169] ciblent certaines catégories d'individus dont les membres, individuellement, ne rencontrent pas forcément de difficultés particulières, mais sont plus exposés que le reste de la population aux inégalités et à l'exclusion (les personnes sans emploi, les jeunes, les parents isolés, les personnes porteuses de handicaps, etc.). Dans le même temps, ces dispositifs préférentiels sont élargis au-delà des traditionnelles aides financières à de nouveaux domaines (l'emploi, la formation, etc.)[2170]. Dès 1983 par exemple, le Code du travail affirme que les dispositions qui interdisent de prendre en considération le sexe « *ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes* »[2171]. Ainsi, les pouvoirs publics ont depuis longtemps paré leur action sociale d'une forme d'équité, en prenant davantage en considération « *la situation réelle de chacun pour l'accès aux droits et aux avantages* »[2172].

[2165] M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018, p. 35.
[2166] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public, 1997, p. 17.
[2167] G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, « Introduction » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 9.
[2168] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […]*, *op. cit.*, p. 35.
[2169] M. BENCHIKH, « Sous-développement et inégalité compensatrice en droit international » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 185-95.
[2170] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Angers, 2017, p. 184.
[2171] Art. L. 1142-4 c. trav.
[2172] M. BORGETTO, « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 115.

Dans le rapport du Conseil d'État précité, le Palais Royal a jugé ces mesures différenciées « *conformes à une conception équitable de l'égalité* »[2173]. Avec cet amendement théorique au principe d'égalité, il a rallié l'orientation équitable théorisée par J. Rawls et proposée en France par A. Minc[2174].

416. L'égalité des chances, ou littéralement « *égalité des opportunités* »[2175], est la traduction de l'*equal opportunity*[2176] née en Amérique du Nord. Selon la célèbre métaphore sportive du Président L. B. Johnson énoncée en 1965, l'égalité des chances implique d'appliquer une action compensatoire en amont de la compétition pour l'accès aux places sociales, de façon à mettre les concurrents sur une même ligne de départ. À la suite de quoi, la compétition joue naturellement pour déterminer les vainqueurs selon les mérites respectifs des candidats[2177]. L'égalité des chances ne vise donc ni l'égalité politique, ni l'égalité des résultats, mais la correction des défauts du marché. Les inégalités ne sont pas éliminées, mais seulement atténuées pour réduire les écarts qui séparent les publics les plus vulnérables du reste de la population. Si chacun doit avoir les mêmes ressources sur la ligne de départ, il n'y a aucune certitude que tous franchissent à égalité la ligne d'arrivée[2178]. La compensation s'attache seulement à donner la possibilité de s'insérer dans la société à des individus qui ne parviennent pas à s'y faire une place d'eux-mêmes ; elle demeure « *dans l'ordre des possibles* »[2179]. Ce modèle théorique connaît dans les faits de multiples déclinaisons, avec un degré de compensation plus ou moins élevé. Quelles que soient ces modalités, le principe demeure identique juridiquement. Délimiter des catégories d'individus bénéficiaires de mesures préférentielles nécessite de rompre avec l'universalisme abstrait. Dès lors, la compensation revient à concevoir « *la différence comme révélateur de l'inégalité puis catalyseur de politiques restauratrices de l'égalité* »[2180]. En tout état de cause, les « *différenciations inégalitaires* »[2181] n'impliquent pas que toutes les personnes ciblées sollicitent une compensation, car elles n'ont

---

[2173] CE, *Sur le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 82.
[2174] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, not. p. 37 ; A. MINC, *La France de l'an 2000*, Paris, Éditions Odile Jacob, Rapport au Premier ministre, 1994, p. 94 et suiv.
[2175] F. DHUME, « Petit lexique historique et points d'ancrage problématiques. Racisme, diversité, ethnicité, intégration, discrimination… », *Diversité Ville École Intégration*, HS 2009, p. 17.
[2176] Sur l'*equal opportunity*, v. par ex. F. DOBBIN, *Inventing Equal Opportunity*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
[2177] F. DHUME, « Petit lexique historique […] », *op. cit.*, p. 17.
[2178] G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 80.
[2179] *Ibid.*
[2180] G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 8.
[2181] G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », *op. cit.*, p. 69.

pas forcément besoin de cette aide. L'action construite sur les inégalités suppose de se garder de tout réductionnisme consistant à considérer les individus comme victimes d'un système plus sélectif qu'intégratif ou réfractaire à la norme sociale[2182].

417. Un traitement différencié de nature compensatoire pour diversifier – Ouvrir l'emploi et les grandes écoles à « *la diversité de la société civile* »[2183], faire en sorte qu'ils soient « *à l'image de la société* »[2184]. Tels sont les objectifs poursuivis avec les normes relatives à la diversité. Pour les atteindre, toute une ingénierie juridique cherche à renforcer les conditions de l'égalité des chances entre les individus, en instaurant diverses mesures compensatoires ciblées sur les groupes de populations et les territoires les plus vulnérables (Chapitre 1). Bien qu'elles ne s'y réduisent pas toujours, certaines caractéristiques instrumentales incitatives et conventionnelles, ainsi que les logiques de fonctionnement du droit de la régulation se retrouvent dans ces mesures. Plus ou moins incités et accompagnés par l'État, les acteurs publics et privés se saisissent eux-mêmes du problème de l'égalité des chances qu'ils s'emploient à résoudre par des normes volontaires. Le cas échéant, les règles d'accès aux diverses filières de l'enseignement supérieur et la particularité des recrutements dans la fonction publique, encadrés par l'article 6 de la DDHC, le statut général et les statuts particuliers, rendront nécessaire l'intervention du législateur et du pouvoir réglementaire. Pour les pouvoirs publics, il s'agira tantôt d'agir directement par la loi et le règlement pour diversifier l'emploi public, tantôt de donner aux administrations les moyens juridiques de le faire. Dans cette dernière configuration, ce principe du « *faire laisser-faire* »[2185] n'est donc pas sans rappeler une dialectique corégulée, mais adaptée pour tenir compte des spécificités du secteur public. La méthode oscille entre celle de l'État providence et celle de l'État régulateur. En tout état de cause, la logique différencialiste est placée au cœur de cet appareillage du paradigme de la diversité. À cet égard, il s'agira d'apprécier la portée de ces procédés compensatoires différenciés pour atteindre la diversité recherchée (Chapitre 2).

[2182] H. BUISSON-FENET, S. LANDRIER, « Être ou pas ? Discrimination positive et révélation du rapport au savoir. Le cas d'une "prépa ZEP" de province », *Éducation et sociétés*, n° 21, 2008, p. 67.
[2183] DGAFP, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Politiques et pratiques de ressources humaines. Faits et chiffres*, 2018, p. 55.
[2184] E. MACRON *in* J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut national du service public*, Rapport au Premier ministre, 2021, p. 8.
[2185] F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et société*, n° 65, 2012, p. 100-1.

CHAPITRE 1
LES FORMES DE LA COMPENSATION

418. Définition des publics cibles – Afin d'élargir l'« *assiette sociale* »[2186] de l'emploi et des grandes écoles et concrétiser la diversité, les pouvoirs publics et les autres acteurs de la société veulent donner les mêmes chances à tous d'accéder aux meilleures places offertes par la société. Les dispositifs recherchant la diversité s'extraient des profils types de réussite en s'adressant à des catégories de personnes qui rencontrent des difficultés d'insertion. En visant l'individu situé, ils aspirent à égaliser les conditions de vie[2187]. Parmi ces mesures, nombreuses sont celles qui ne s'adressent d'abord qu'à certaines classes d'âge variablement définies : les jeunes et les personnes en seconde partie de carrière. À côté, un nombre croissant de dispositifs concernent spécialement les habitants et les jeunes scolarisés dans les espaces de la géographie prioritaire. Le parcours social et scolaire des individus (revenus, bénéficiaire de *minima* sociaux, demandeur d'emploi, motivation, résultats scolaires, etc.) vient pondérer cet ensemble pour affiner le ciblage au plus près de la situation personnelle de chacun. Ainsi, non seulement le droit est différencié, mais il est aussi personnalisé.

419. Champ d'application – Un vaste arsenal légal, réglementaire, conventionnel est déployé pour installer des dispositifs compensatoires portant sur la diversité aussi nombreux qu'hétéroclites. Communication ciblée, accompagnement pédagogique et matériel, emplois aidés ou voies d'accès distinctes à l'emploi ou à l'enseignement sont autant de solutions retenues pour lutter contre les inégalités. Le paradigme de la diversité apparaît alors comme la matrice de mesures redistributives appuyées sur la loi, le règlement et le contrat dans l'emploi et dans les filières d'excellence du supérieur. Ces établissements se caractérisent par une très forte sélectivité à l'entrée, souvent après deux années de classes préparatoires aux grandes écoles, fondée sur des épreuves anonymes et identiques pour tous. Ces filières d'excellence ont été historiquement dessinées pour une élite scolaire, mais elles ont aussi joué un rôle d'ascenseur social ancré dans l'imaginaire républicain. Néanmoins, leur sélectivité et la nature des épreuves d'admission favorisent dans les faits les héritiers d'un capital socioculturel

---

[2186] Y. BODIN, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires culturelles par la mission d'information portant sur la diversité sociale et l'égalité des chances dans la composition des classes préparatoires aux grandes écoles*, Sénat, n° 441, 2007, p. 8.

[2187] M. MIAILLE *in* R. BADINTER (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 116.

familial important[2188]. Ces disparités se cumulent avec d'autres facteurs d'inégalités, comme la hiérarchisation des voies d'orientation et des établissements scolaires ou le coût des études et font système[2189]. Ce malthusianisme est encore alimenté par un ensemble de freins psychosociaux, comme l'autocensure, qui joue au détriment des individus issus des milieux populaires[2190]. Les CPGE et les grandes écoles sont ainsi régulièrement pointées du doigt, jusqu'au plus haut niveau de l'État, accusées de produire une élite socialement homogène[2191].

420. Dans la fonction publique, le concours est la traduction idoine du principe d'égale admissibilité aux emplois publics, lequel n'admet que les distinctions fondées sur la capacité et le mérite. S'il consacre une égale vocation à démontrer ses capacités, la difficulté est que cette égalité est en vérité « *une égale vocation à démontrer un certain type de capacité* »[2192] sur lesquelles viennent se greffer des inégalités. Par conséquent, ce principe ne tient pas seulement compte des inégalités naturelles de talents. Il aboutit aussi à admettre les inégalités produites par les disparités socioéconomiques[2193]. Là encore, les facteurs en cause sont bien connus. Il y a d'abord une tendance de fond à la contraction globale du volume des recrutements depuis le milieu des années quatre-vingt-dix[2194]. L'élévation du taux de sélectivité des recrutements et de qualification des candidats crée ensuite un déséquilibre de l'offre et de la demande de postes et conséquemment, une déstructuration des mécanismes de recrutement externes et internes[2195]. La sélectivité contribue également à la diffusion d'un sentiment d'auto-exclusion devant le taux d'élimination des concours réduisant d'autant le vivier potentiel de candidats. Enfin, la complexité du cadre juridique et l'insuffisance de l'information sur l'emploi public jettent un

---

[2188] V. not. P. BOURDIEU, J. –C. PASSERON, *Les héritiers : les étudiants et la culture*, Les éd. de minuit, 1964 ; P. BOURDIEU, J. –C. PASSERON, *La Reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris, Minuit, 1970.

[2189] V. par ex. OCDE, *Programme international pour le suivi des acquis des élèves (PISA). Résultats pour 2018 – France*, 2019, p. 1 et 9 ; Y. BIRNBAUM, « Trajectoires scolaires des enfants d'immigrés jusqu'au baccalauréat », *Éducation et formation*, n° 100, 2019, p. 73-104 ; COUR DES COMPTES, *Rapport sur l'éducation prioritaire*, 2018, not. p. 40 et suiv. ; S. LANDRIER, N. NAKHILI, « Comment l'orientation contribue aux inégalités de parcours scolaires en France », *RFS*, n° 109, 2010, p. 23-36 ; A. VAN ZANTEN, « Une discrimination banalisée ? L'évitement de la mixité sociale et raciale dans les établissements scolaires » *in* D. FASSIN, F. FASSIN, *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 195-210 ; M. DURU-BELLAT, *Les Inégalités sociales à l'école*, Paris, PUF, 2002, spéc. p. 55 et suiv.

[2190] B. BAJOU, J. KAMOUN, N. PERROT et *al*., *Contrôle de l'ouverture sociale et de la diversité dans les classes préparatoires aux grandes écoles*, Rapport au ministre de l'Éducation nationale et à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche, 2010, p. 20 ; C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles. Livre blanc des pratiques. Premiers résultats et perspectives*, CGE, 2010, p. 25.

[2191] J. CHIRAC, *Discours à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Paris, Palais de l'Elysée, 23 juin 2005, p. 5.

[2192] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 171.

[2193] *Ibid*., p. 172.

[2194] Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier ministre, 2016, p. 21.

[2195] L. ROUBAN, *La fonction publique*, Paris, La Découverte, 3e éd., 2009, p. 79-80.

voile opaque sur les recrutements pour les non-initiés qui « *favorise ceux qui "savent" au détriment de ceux qui "pourraient"* »[2196].

421. Pour l'administration et les grandes écoles, l'objectif est donc d'inverser la vapeur en s'ouvrant davantage à la diversité de la société française. Si cette orientation trouve un complément dans les politiques antidiscriminatoires, l'enjeu n'est pas de lutter contre les dispositions ou pratiques qui défavorisent les individus à raison d'un motif prohibé. En l'espèce, c'est la relative étroitesse des viviers dans lesquels recrutent l'administration et les filières d'excellence qui est visée pour démocratiser ces espaces. Par conséquent, les mesures compensatoires sont majoritairement centrées sur le recrutement et excluent le déroulement de la carrière ou celui du cursus d'études. Pour autant, cela ne signifie pas qu'un mécanisme compensatoire ne peut pas concerner de manière anecdotique le déroulement de carrière. Le nouveau dispositif consistant à permettre, à titre expérimental et par dérogation à l'article 13 du statut de la fonction publique, à un fonctionnaire en situation de handicap d'être détaché dans un corps ou cadre d'emplois de niveau supérieur puis d'y être intégré, si les conditions d'aptitude sont satisfaites, en est un exemple[2197]. En tout état de cause, les mécanismes compensatoires sont complétés à la marge par des mesures non compensatoires consistant à assouplir les recrutements, en levant certains obstacles législatifs, réglementaires ou académiques qui sont autant de freins à la diversification des entrées dans l'emploi public[2198].

422. Plan – Compte tenu de la multiplication des dispositifs relatifs à la diversité dans ces champs, un examen exhaustif a été écarté au profit d'une analyse typologique construite à partir d'exemples emblématiques et articulée autour du degré de compensation dont bénéficient les individus. À cet égard, la doctrine systématise généralement les politiques sociales en fonction des formes de la faveur accordée aux individus, selon qu'elles ont pour finalité d'aménager les règles de concurrence ou d'organiser leur suspension[2199]. Suivant cette grille de lecture, la

---

[2196] C. DESFORGES, J. –G. CHALVRON, N. BLAIS, *Rapport de la mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique de l'Etat*, Rapport au ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, au secrétariat d'État à la Fonction publique et à l'Inspection générale de l'administration, 2008, p. 11-2.

[2197] Art. 93 loi n° 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* ; décr. n° 2020-569 du 13 mai 2020 *fixant pour une période limitée les modalités dérogatoires d'accès par la voie du détachement à un corps ou cadre d'emplois de niveau supérieur ou de catégorie supérieure instituées en faveur des fonctionnaires bénéficiaires de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés* ; CE, avis, 21 mars 2019, n° 397088 *sur le projet de loi de transformation de la fonction publique*.

[2198] Par ex. la suppression des règles limitant le nombre de présentation à un concours ou encore la refonte des épreuves.

[2199] V. not. G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 27.

mesure compensatoire prévue par la norme relative à la diversité peut consister soit en un simple aménagement des règles de concurrence (Section 1), soit en une véritable suspension des règles de concurrence (Section 2).

SECTION 1 – L'AMENAGEMENT DES REGLES DE CONCURRENCE DE L'EMPLOI ET DES GRANDES ECOLES POUR FAVORISER LA DIVERSITE DES RECRUTEMENTS

423. Plan – Les bénéficiaires de la mesure compensatoire sont ici en concurrence avec l'ensemble des autres candidats à l'emploi ou à l'entrée dans une filière d'excellence. Pour tendre vers l'égalité des chances avec les concurrents, ils sont placés dans des conditions plus favorables que les autres en amont de la compétition. La diversification serait naturellement favorisée à moyen terme par cette démarche[2200]. Il s'agit donc d'une obligation de moyen, non de résultat. Il faut imaginer une course de haies, assortie de marchepieds destinés à abaisser la hauteur de l'obstacle à franchir pour les compétiteurs les moins favorisés. Le premier de ces appuis, qui est aussi le moins haut, renvoie à des mesures de démarchage des membres du groupe ciblé (§ 1). Le second point d'appui est une compensation à visée propédeutique (§ 2).

§ 1 – Les dispositifs d'*outreach*

424. Définition – L'information, la communication, les réseaux de recrutement tiennent une place essentielle dans l'appareillage normatif portant sur la diversité. Elles forment un rouage élémentaire pour faire connaître et ouvrir les cursus d'excellence et les débouchés professionnels dans l'entreprise et la fonction publique à des publics qui ignorent leur existence ou les connaissent mal. Dans le vocabulaire des politiques publiques anglo-saxonnes, ces actions relèvent de l'*outreach*, littéralement « sensibilisation ». Leur philosophie pourrait se traduire par « *aller vers* »[2201] ou encore par l'idée d'« *inclusion préalable* »[2202]. En effet, l'*outreach* renvoie à l'ensemble des techniques de diversification des réseaux de communication et d'élargissement des viviers de candidats qui ont pour finalité de faire émerger

[2200] C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles. Livre blanc des pratiques. Premiers résultats et perspectives*, CGE, 2010, p. 20.
[2201] D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, 2004, p. 101.
[2202] D. SABBAGH, « Discrimination positive et "diversité" : les chaînons manquants », *Raison publique*, n° 17, 2012, p. 202.

des candidatures potentielles[2203]. Le procédé consiste « *à stimuler, à prodiguer des encouragements aux personnes désireuses d'accéder à des positions, fonctions, pensées hors d'atteinte* »[2204] et parfois tout bonnement inconnues. Il aspire ainsi à contrecarrer les mécanismes de censure qui conduisent les personnes discriminées et les moins bien dotées en capital « *à ajuster leurs aspirations aux choix qui leur sont objectivement ouverts* »[2205]. À cette fin, l'outil contractuel est placé au cœur de cette démarche, pour sa capacité à formaliser et à coordonner les actions[2206].

425. Consistance – L'information sur un grand nombre de métiers ou de filières d'enseignement est parfois peu lisible et mal connue, ce qui favorise la constitution de viviers de recrutements homogènes parmi les initiés. La communication est une solution simple et peu couteuse, encouragée par les partenaires sociaux et les pouvoirs publics, pour rattraper à moindres frais une situation de départ marquée par des déséquilibres dans la représentation des différentes catégories socioéconomiques dans l'entreprise, l'administration ou les cursus sélectifs de l'enseignement supérieur[2207]. Pour élargir son vivier de recrutement, une organisation peut faire connaître ses engagements à ses parties prenantes par une communication volontariste, par exemple dans ses offres d'emploi[2208]. En 2019, la mention suivante figurait ainsi dans les offres de l'université de Mulhouse : « *dans le cadre de* […] *son attention à l'égalité et la diversité, l'UHA* [Université Haute-Alsace] *accueille favorablement les candidatures des personnes du genre le moins représenté dans le secteur ou la discipline concerné, des personnes en situation de handicap et des personnes de tous âges et de toutes origines* »[2209].

426. Les pratiques des organisations consistent aussi à démarcher activement des catégories de personnes que des obstacles objectifs et subjectifs tiennent à l'écart de ces lieux. Ces

---

[2203] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique de la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001, p. 168.
[2204] G. KOUBI, « L'égalité des chances : quelles chances en droit », *op. cit*., p. 85.
[2205] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique […] », *op. cit.*, p. 170.
[2206] V. *supra* § 85 et suiv.
[2207] V. par ex. SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers du 27 juin 2006. Accord relatif à la diversité et à l'égalité des chances*, 19 avril 2018, p. 3 ; CSESS, *Notice détaillée du Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, CSESS, 2016, Livret 2, p. 36.
[2208] L'idée connaît un essor en Europe, ainsi qu'en atteste la *Charta der Vielfalt* allemande qui propose d'accompagner ses fiches de poste d'une mention d'ouverture à la diversité pour rappeler que toutes les candidatures sont les bienvenues. V. O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier Ministre, 2017, p. 46.
[2209] UNIVERSITE HAUTE ALSACE, *Fiche de poste pour MCF*, Campagne d'emplois 2019, Emploi n° 0370, 2019, p. 5 (document en possession de l'auteur).

individus peuvent être des étudiants, des demandeurs d'emploi, des personnes résidant dans un quartier prioritaire des politiques de la ville (QPV), des bénéficiaires de minima sociaux, etc., chacune de ces catégories étant susceptible d'en épouser une autre. Les dispositifs classiques de médiation à l'insertion professionnelle sont des canaux de diversification privilégiés. Les conventions de partenariat avec des acteurs de l'insertion professionnelle ou de la jeunesse pourront par exemple déboucher sur des offres de stages, la participation à des forums spécialisés pour l'emploi, à des rencontres avec les jeunes en milieu scolaire ou encore sur des programmes de tutorat, de coaching, de simulation d'entretien, etc. Depuis 2014, Radio France s'est engagée auprès de plusieurs associations qui luttent contre l'autocensure des personnes de milieux modestes, ruraux ou prioritaires. L'entreprise soutient ainsi les actions menées par les associations partenaires impliquées dans la rencontre entre le monde professionnel et les jeunes[2210]. De nombreuses autres grandes entreprises, comme PSA, Saint-Gobain ou BNP Paribas, ont mis en place ce genre de partenariats[2211]. Dans la fonction publique, le *sourcing* a été synthétisé dans le rapport Versini en 2004[2212]. Depuis, l'importance de la lisibilité et de l'attractivité des missions du service public et des métiers de l'administration est sans cesse rappelée dans la littérature administrative[2213]. Sans préjudice du site internet recensant les concours et les recrutements de l'État (portail SCORE)[2214], des pages dédiées à la politique de diversité[2215] ou des dispositifs inscrits dans le Code de l'éducation[2216], la conclusion de

---

[2210] CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2016*, 2017, p. 246-53.

[2211] V. par ex. BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016, p. 11-2 ; LVMH, *Code de conduite*, 2017, p. 13 ; PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015, p. 4-8 ; SAINT-GOBAIN, *Entreprises françaises du groupe Saint-Gobain : accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012, p. 7 ; CASINO, *Accord du groupe Casino portant sur la promotion de l'égalité des chances, la diversité, la lutte contre les discriminations en favorisant la cohésion sociale dans l'entreprise*, 14 octobre 2005, p. 8.

[2212] D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, *op. cit*., p. 101-2.

[2213] V. par ex. F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU *in Mission Haute Fonction Publique*, Rapport au Premier ministre, 2020, p. 40 et suiv. ; circ. n° NOR : RDFF1710873C du 3 avril 2017 *relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique*, p. 3-5 ; O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, *op. cit.*, p. 47 et suiv. ; circ. n° NOR : MTSF1021025C du 19 mai 2010 relative aux *Classes préparatoires intégrées*, p. 3 et 14 et suiv. ; cir. n° 417 du 19 juillet 2007 *relative à la Mise en œuvre de l'opération « Parrainage pour la fonction publique »*, p. 2.

[2214] Circ. n° NOR : CPAF1904452C du 3 avril 2019 *relative à l'obligation de publicité des emplois vacants sur un espace numérique commun aux trois fonctions publiques* ; circ. n° NOR : RDFF1710873C du 3 avril 2017 *relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité […]*, *op. cit.*, p. 4-5.

[2215] V. par ex. circ. n° NOR : CPAF2012868C du 5 juin 2020 *relative à la mise en œuvre des allocations pour la diversité dans la fonction publique pour la campagne 2020 –2021*, p. 3.

[2216] Droit pour tout élève de collège ou de lycée boursier ou d'un établissement d'éducation prioritaire d'accomplir un stage d'observation dans une administration de l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public (art. L. 332-3-2, al. 2, c. éduc) ; stage de 3e au collège (art. D. 332-14 c. éduc. ; DGAFP, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique.*

partenariats avec les acteurs du marché du travail et le service public de l'enseignement est également privilégiée pour diversifier les recrutements dans l'emploi public[2217]. C'est ainsi que la DGAFP a conclu un partenariat avec l'ONG « Mozaïk RH » pour développer l'attractivité de l'emploi public en lui confiant le soin de créer « *une interface numérique pour faciliter l'accès des jeunes issus de la diversité aux offres d'emplois de la fonction publique* »[2218]. Dans le même ordre d'idées, les clauses sociales portant sur la diversité prévues par le Code de la commande publique pourront servir de levier d'emploi pour les publics éloignés du marché du travail. Les réseaux intéressés, ainsi que les institutions pourront prêter leurs concours pour servir d'intermédiaires avec les publics visés[2219]. La nécessité d'aller à la rencontre des publics est également reconnue dans les grandes écoles et les CPGE[2220]. La contractualisation permet de formaliser des partenariats avec des établissements scolaires de l'enseignement secondaire, dans le cadre de campagnes d'information et de sensibilisation sur la poursuite d'études post-bac qui viennent s'ajouter à des programmes d'échange, de parrainage et de tutorat.

427. La grande diversité de ces mesures est inversement proportionnelle à leur degré de modulation des règles de la concurrence. Si ces dispositifs s'adressent avant tout à des publics éloignés du marché de l'emploi ou de l'enseignement supérieur, leur spectre de diffusion demeure très vaste. Ils sont donc susceptibles de toucher un public bien plus large. Au demeurant, ils sont aussi très faiblement redistributifs, puisqu'ils se limitent à adresser une invitation aux membres des groupes ciblés. Ce type de dispositif concerne uniquement l'élargissement de la phase préliminaire au recrutement, avec l'espoir de susciter des candidatures aussi nombreuses que variées. Il n'a donc pas vocation à déterminer les résultats de la sélection[2221].

Édition 2018, 2019, p. 36) ; missions de l'observatoire de l'insertion professionnelle (ex. bureau d'aide à l'insertion professionnelle des étudiants, art. L. 611-5 c. éduc.).

[2217] V. par ex. art. 1er, MINISTERE DE LA DECENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Conv. cadre « Partenariat pour l'engagement au service des valeurs de la République »*, 26 novembre 2015 (document en possession de l'auteur) portant sur la diffusion de l'information sur les concours ou la participation à des forums sur l'emploi.

[2218] MINISTERE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, MOZAÏK RH, *Convention de partenariat*, 29 juin 2020 (document en possession de l'auteur).

[2219] Art. L. 2152-7 et R. 2152-7, 2°, a) CCP ; MINISTERE DU TRAVAIL, MINISTERE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, MINISTERE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, 2018, p. 8-17.

[2220] C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles*, *op. cit*., p. 33.

[2221] D. SABBAGH, « Discrimination positive et "diversité" […] », *op. cit.*, p. 202.

§ 2 – Les dispositifs propédeutiques

428. Plan – Alors que les inégalités scolaires minent dès le plus jeune âge les perspectives de s'élever de sa condition sociale, la compensation des handicaps académiques a été érigée en fer de lance de l'égalité des chances par les établissements d'enseignement supérieur d'excellence, puis par les écoles de service public (A). Les deux espaces sont connectés, car il n'est pas rare que les élèves de ces écoles soient auparavant passés par une grande école[2222]. L'instauration de ces aménagements serait vaine sans ressources matérielles pour compenser les conditions de vie modestes des bénéficiaires (B). À cet égard, les actions des autres acteurs de la société civile, notamment du secteur privé, convergent incidemment avec ce soutien.

A – La compensation des handicaps académiques

429. Position du problème – En amont des concours d'entrée, la logique propédeutique vise à renforcer le capital académique de catégories d'individus que leur parcours scolaire tient à l'écart de la fonction publique et des cursus d'excellence. Les dispositifs développés s'inspirent de la figure classique du titulaire d'une bourse d'études pour lui associer un accompagnement pédagogique renforcé[2223]. Ainsi, « *faute de pouvoir déconnecter le niveau scolaire de l'origine, on tentera d'homogénéiser le capital culturel des élèves les plus prometteurs* »[2224] par des traitements compensatoires destinés à combler leurs lacunes académiques. Les concours restent les mêmes, les mesures propédeutiques ne faisant que différer la confrontation des candidats aux critères de sélection. En renforçant l'adéquation de ces personnes avec les standards académiques les plus exigeants, les grandes écoles et les pouvoirs publics escomptent ainsi lutter contre le déterminisme social qui les affecte et améliorer leurs chances d'accéder à ces biens[2225]. Le principe est né des premières conventions passées par quelques grandes écoles au début des années 2000[2226]. Alors relativement démunies sur le plan législatif et réglementaire

---

[2222] J. MAGNIER, C. MARCHAL, « Homogénéité et diversité des élèves administrateurs territoriaux », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 125-39.
[2223] A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites et repositionnement organisationnel. Le cas des politiques d'ouverture sociale en France, et d'*outreach* en Angleterre », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n° 7, 2008, p. 155-71, § 13.
[2224] *Ibid.*, § 13.
[2225] M. G. BRUNA, A. –F. BENDER, Z. YANAT, « Faire éclore la diversité dans le Supérieur : questionnements épistémologiques, défis organisationnels et enjeux pédagogiques », *Management & Sciences Sociales*, n° 21, 2016, p. 31.
[2226] Pour un examen sociologique v. par ex. A. SOUBIRON, *L'action publique expérimentale : les dispositifs d'égalité des chances et de diversité dans les grandes écoles françaises*, Paris, Thèse de Sciences politiques, Université Paris Dauphine-PSL, 2010 ; A. ALLOUCH, *L'ouverture sociale comme configuration : pratiques et processus de sélection et de socialisation des milieux populaires dans les établissements d'élite : une comparaison France-Angleterre*, Paris, Thèse de doctorat en sociologie, IEP de Paris, 2013.

pour diversifier leur recrutement, elles ont trouvé dans les conventions de partenariat le moyen d'élever les ambitions et le niveau scolaire d'élèves du secondaire moins bien dotés en capital. Dans cette perspective est né le programme « Une grande école, pourquoi pas moi ? » (PQPM) de l'ESSEC en 2002 qui a depuis servi de modèle à d'autres grandes écoles (1). En 2005, plusieurs règlements ont créé les premières classes préparatoires intégrées (CPI) aux écoles de service public également fondées sur un principe propédeutique, devenues depuis les classes « Talents » (2)[2227].

1 – Les contrats de partenariat entre les établissements de l'enseignement supérieur et du secondaire

430. Consistance – L'exemple du dispositif PQPM s'impose en tant que pionnier des partenariats conclus avec des lycées et collèges de l'enseignement général[2228]. Les établissements conventionnés avec l'École sont classés dans les réseaux d'éducation prioritaire (REP). Le critère territorial fait office d'aiguillage vers des publics potentiellement plus fragiles. Les élèves participants au programme sont ensuite choisis selon un agrégat de données socioéconomiques, tels que la catégorie socioprofessionnelle (CSP) des parents, leur niveau d'études ou leur situation personnelle et familiale (résidence située dans un QPV ou à proximité, ressources et charges parentales, veuvage, chômage, etc.). Ces critères, déjà très personnalisés, sont appréciés à l'aune du profil du candidat, tels que le potentiel scolaire, la motivation, le sens du travail, le goût de l'effort, etc.[2229]. L'individualisation de la réponse juridique aux inégalités pour diversifier le vivier de recrutement des cursus d'excellence est donc poussée.

431. L'objectif de ces conventions est d'apporter une aide personnalisée aux élèves afin d'« *accroître* [leurs] *chances de suivre avec succès des études supérieures ambitieuses* [en leur] *permettant d'aller au plus loin de* [leurs] *capacités dans la voie choisie* »[2230]. Le dispositif repose sur des modules de renforcement académiques, dont la clé de voûte est le tutorat

---

[2227] Sur la genèse de ces dispositifs, v. N. NOZARIAN, « Les conditions d'émergence des dispositifs de démocratisation des grandes écoles : un enchevêtrement d'acteurs », *Éducation et sociétés*, nº 36, 2015, p. 51-65.
[2228] ESSEC, *Conv. de partenariat 2018-2022 entre l'ESSEC et le collège « XXX »*, 2018 (conv. type en possession de l'auteur). D'autres programmes du même ordre ont été créés ensuite, par ex. « CAP Prépa », « CAP ESSEC ». V. le site internet de l'ESSEC (consulté le 24 septembre 2019).
[2229] V. not. K. ANDRE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Dix ans après : quel impact sur les tuteurs et les tutorés ?*, ESSEC, 2012, p. 12 ; ESSEC, *Le tutorat étudiant du programme Une grande école : pourquoi pas moi ?*, ESSEC, Présentation complète du programme PQPM version 2, p. 7.
[2230] ESSEC, *Contrat d'engagement ESSEC/Collège/Famille*, 2018 (document en possession de l'auteur).

étudiant[2231]. Animés par des élèves de l'ESSEC auprès de petits groupes de jeunes scolarisés en troisième, première et terminale, ces modules portent sur des thématiques périscolaires jugées indispensables à la connaissance de l'enseignement supérieur, à l'acquisition de compétences, ainsi qu'à la construction d'un projet d'étude après le baccalauréat[2232]. Des sorties culturelles, des stages de découverte du milieu professionnel et des ateliers spécialisés complètent cet ensemble[2233]. Des conventions ont ensuite été conclues avec l'État qui finance en partie le programme à travers la politique de la ville[2234]. L'inspection académique participe au choix des établissements scolaires, veille à l'articulation du tutorat avec les exigences de l'éducation nationale et participe à son évaluation[2235].

432. Essaimage – Encouragée par les diverses Chartes pour l'égalité des chances signées depuis 2005[2236], l'expérience de l'ESSEC est aujourd'hui le référentiel de dispositifs d'ouverture sociale de près de 250 établissements d'enseignement supérieur[2237]. Comme à l'ESSEC, la détermination des bénéficiaires repose sur un ensemble de critères territoriaux et socioéconomiques, individualisé en considération du profil du candidat[2238]. Le dénominateur commun, et généralement la forme centrale de ces mesures, est également un « *tutorat d'excellence* »[2239] dont le principe a été encouragé par les diverses chartes de l'égalité des chances conclues sous l'égide des institutions de l'enseignement supérieur et de divers

---

[2231] Sur cette formule, v. par ex. A. ALLOUCH, A. VAN ZANTEN, « Formateurs ou "grands frères" ? Les tuteurs des programmes d'ouverture sociale des Grandes Écoles et des classes préparatoires », *Éducation et sociétés*, n° 21, 2008, p. 49-65 ; A. SOUBIRON, « Le tutorat d'excellence : les contours d'une formule pédagogique », *Les dossiers des sciences de l'éducation*, n° 33, 2015, p. 161-73.

[2232] Par ex. l'« *ouverture culturelle* », l'« *aisance verbale* [et de la] *confiance en soi* », *le* « *digital* [du] *travail collaboratif* [des] *usages et outils numériques* », la « *citoyenneté et* [la] *responsabilité* », l'« *esprit d'entreprendre* », le « *suivi individuel et* [l'] *orientation* » ou l'« *ouverture internationale* ».

[2233] CENTRE EGALITE DES CHANCES, *Rapport d'activité 2018-2019*, 2019, ESSEC.

[2234] ESSEC, PREFET DU VAL-D'OISE, *Convention de subvention*, 2016. (document en possession de l'auteur).

[2235] Y. BODIN, *Rapport d'information […]*, *op. cit.*, p. 83 ; § III, circ. n° 2005-148 du 22 août 2005 *relative à la mise en œuvre de la charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence*.

[2236] Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005 ; Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence […], *op. cit.*, 2 février 2010 ; Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence […], *op. cit.*, 16 octobre 2010.

[2237] M. G. BRUNA, A. –F. BENDER, Z. YANAT, « Faire éclore la diversité dans le Supérieur : questionnements épistémologiques, défis organisationnels et enjeux pédagogiques », *Management & Sciences Sociales*, n° 21, 2016, p. 38. V. par ex. ÉCOLE POLYTECHNIQUE, *Rapport d'activité 2015-2016. Cordée de la Réussite : « Une Grande École, Pourquoi Pas Moi ? »*, 2016, p. 4-7 et 17-8 ; la rubrique « Cap Insa » sur le site Internet de l'INSA de Lyon (consulté le 30 décembre 2020) ; O. COQUARD, « De l'ouverture sociale à Henri IV. Retour sur l'expérience de la Classe Préparatoire à l'Enseignement Supérieur », *La Vie des idées*, 14 septembre 2010.

[2238] V. par ex. ÉCOLE POLYTECHNIQUE, *Rapport d'activité 2015-2016. Cordée de la Réussite : « Une Grande École, Pourquoi Pas Moi ? »*, 2016, p. 5 ; PASSEPORT AVENIR, CGE, *Baromètre de l'ouverture sociale des grandes écoles*, 2015, p. 8 ; § I, circ. n° 2005-148 du 22 août 2005 *relative à la mise en œuvre de la charte pour l'égalité des chances […]*, *op. cit.*

[2239] A. SOUBIRON, « Le tutorat d'excellence […] », *op. cit.*, p. 161-73.

ministères[2240]. Cette dynamique de réseau a inspiré la création par les pouvoirs publics d'une Charte des Cordées de la réussite, dont l'objet est d'encourager et fédérer ces opérations[2241]. Dès le printemps 2021 des Cordées du service public déclinant cette charte pour les métiers de la fonction publique seront mises en place à l'initiative du ministère de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports. Ce dispositif s'appuie sur des partenariats entre des collèges ou lycées et des écoles de service public pour accroître l'ambition scolaire des jeunes à lever l'autocensure et à les accompagner vers les formations et les concours du secteur public. Il est destiné en priorité aux élèves scolarisés en REP ou résidant dans un QPV, aux collégiens et lycéens de zones de revitalisation rurale (ZRR), et même à des étudiants en licence. Les bénéficiaires reçoivent un conseil en orientation personnalisé et participent à des modules de tutorat, de mentorat et à des stages dans les administrations. Ils seront accompagnés par des élèves des écoles de service public ou des fonctionnaires dans leur projet d'orientation et de découverte des carrières publiques[2242]. D'autres initiatives, comme un Livre blanc des bonnes pratiques d'ouverture sociale des grandes écoles, ont été menées à l'initiative de la Conférence des grandes écoles pour recenser les pratiques des acteurs et distiller des recommandations[2243]. Les orientations actuelles se tournent vers un accompagnement collectif numérique, sous forme de Massive Open Online Course (MOOC), tout en conservant une structure partenariale avec des établissements du secondaire classés en REP, à l'exemple du programme « Trouve ta voie » de l'ESSEC[2244].

2 – Les classes « Talents »

433. Consistance – Les CPI aux écoles de service public ont été créées progressivement par voie réglementaire à partir de l'année 2005 pour la préparation des premiers et troisièmes concours de la fonction publique[2245]. Ces classes préparatoires visent à « *encourager et*

[2240] Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 17 janvier 2005 ; Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 2 février 2010 ; Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 16 octobre 2010.
[2241] Charte des « Cordées de la réussite » (consulté le 24 septembre 2019).
[2242] MINISTERE DE LA TRANSFORMATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUES, Talents du service public, Dossier de presse, 2021, p. 12. Une requête pour la communication de ces conv. a été effectuée auprès de l'IRA de Lille, une des premières administration engagée sur le dispositif, mais aucune suite ne lui a été donnée.
[2243] C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles […]*, *op. cit*.
[2244] LE SOCIAL LAB, CENTRE EGALITE DES CHANCES DE L'ESSEC, *Évaluation de trouve ta voie. Rapport final d'évaluation*, 2019, spéc. p. 34-6 ; ESSEC, *Conv. de partenariat 2018-2022 entre l'ESSEC et le collège « XXX »*, 2018 (conv. type en possession de l'auteur).
[2245] D'autres expérimentations avaient été menées dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville auparavant. V. par ex. cir. n° NOR : MESF0010169C du 20 novembre 2000 *concernant la mise en œuvre*

diversifier l'accès »[2246] aux métiers de l'administration de catégorie A voire B et notamment aux grands corps d'État. Leur nombre était modeste au moment de leur création, avec seulement deux classes[2247]. Une trentaine d'établissements les ont accueillies ensuite (l'École nationale d'administration[2248], l'École nationale de la magistrature[2249], l'École nationale d'administration pénitentiaire[2250], les Instituts régionaux d'administration[2251], l'Institut national du patrimoine[2252], etc.). Le nombre de places ouvert par classes est variable, une douzaine pour la classe préparatoire aux concours externes de conservateur du patrimoine, un peu plus d'une cinquantaine pour les trois sites qui reçoivent chacun une classe de l'ENM. Cependant, le Président de la République a récemment annoncé en 2021 l'ouverture de 1 000 places s'ajoutant aux 700 existantes, de façon à ce que chaque région compte au moins deux classes. À cette occasion, les CPI ont été renommées classes préparatoires « Talents ». Les établissements concernés sont des écoles du service public, des universités, des IEP, CPAG ou des IPAG[2253]. Le principe de ces classes propédeutiques a aussi été étendu à la fonction publique territoriale par la loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui confie au CNFPT le soin de mettre en place des dispositifs de préparation aux concours d'accès aux

---

expérimentale de préparations rémunérées aux concours d'accès à la fonction publique au bénéfice des demandeurs d'emploi des quartiers prioritaires de la politique de la ville.

[2246] Art. 1er, arr. nº NOR : BCFF0908298A du 18 mai 2009 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire pour l'accès aux concours externes ou aux troisièmes concours des instituts régionaux d'administration*.

[2247] V. N. SARKOZY, *Discours sur la diversité et l'égalité des chances*, École polytechnique de Palaiseau, 17 décembre 2008.

[2248] Arr. nº NOR : BCFF0910900A du 18 mai 2009 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire pour l'accès au concours externe de l'École nationale d'administration*. Sur cette CPI, v. aussi ENM, *Rapport d'activité 2017*, 2018, p. 9-10 ; F. EDEL, « La classe préparatoire intégrée de l'ENA mise au défi de compenser les inégalités des chances devant le concours externe », *RFAP*, nº 153, 2015, p. 141-63 ; G. KOUBI, « Sélection des candidats à l'ENA en jeu de "diversité" de classe (préparatoire) », *Droit cri-Tic*, 5 juin 2009.

[2249] Art. 17-2, décr. nº 72-355 du 4 mai 1972 *relatif à l'École nationale de la magistrature* créé par l'art. 3 du décr. nº 2008-483 du 22 mai 2008 *modifiant le décret nº 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature et le décret nº 94-199 du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature* ; arr. nº NOR : JUSB0810267A du 22 mai 2008 *relatif à l'organisation des classes préparatoires au premier concours d'accès à l'École nationale de la magistrature*.

[2250] Art. 2, 2º, décr. nº 2000-1328 du 26 décembre 2000 *relatif à l'École nationale d'administration pénitentiaire* ; arr. nº NOR : JUSK1706019A du 6 mars 2017 *relatif à l'organisation de la classe préparatoire intégrée de l'École nationale d'administration pénitentiaire*.

[2251] Art. 2, 4º, décr. nº 2019-86 du 8 février 2019 relatif aux instituts régionaux d'administration **;** arr. nº NOR : BCFF0908298A du 18 mai 2009 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire pour l'accès aux concours externes ou aux troisièmes concours des instituts régionaux d'administration*.

[2252] Arr. nº NOR : MCCC1010820A du 20 mai 2010 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire intégrée pour l'accès aux concours externes de recrutement des élèves conservateurs du patrimoine (Institut national du patrimoine)*

[2253] Art. 2 arr. nº NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » préparant aux concours d'accès à certaines écoles ou organismes assurant la formation de fonctionnaires ou de magistrats de l'ordre judiciaire* ; arr. nº NOR : TFPF2109360A du 24 mars 2021 *fixant la liste des préparations ouvrant droit à l'inscription aux concours externes spéciaux d'accès à certaines écoles de service public prévue à l'article 25 du décret nº 2021-239 du 3 mars 2021 instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles de formation y préparant*.

cadres d'emplois de catégorie A aux fins de renforcer l'égalité des chances entre les candidats et de diversifier les recrutements dans les collectivités[2254].

434. Ces classes préparatoires ont pour particularité de se trouver à l'intersection des politiques de la fonction publique et de l'enseignement supérieur, car les concours sont généralement tentés à l'issue de 4 à 5 années d'études[2255]. Reflet de cet entre-deux mondes, les bénéficiaires sont sélectionnés sous conditions de diplôme requis pour se présenter aux concours correspondant à la préparation et sous condition de ressources et de mérite[2256]. Une commission d'admission, dont les membres doivent avoir été sensibilisés à la diversité et à la lutte contre les discriminations, est chargée de sélectionner les candidats[2257]. Cette sélection est opérée au regard notamment de la qualité de leur formation antérieure, de leurs aptitudes et de leur motivation. À l'issue de l'examen des dossiers recevables, elle détermine la liste des candidats retenus pour participer à un entretien d'admission. Si des candidats sont placés à égalité, priorité est donnée aux candidats qui résident ou ont obtenu leur baccalauréat ou tout diplôme de niveau supérieur dans un QPV, dans une ZRR ou dans l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution[2258]. À l'exception des cycles de formation préparant aux concours « Talents »[2259], une priorité peut également être accordée aux candidats demandeurs d'emploi[2260].

435. Les contenus pédagogiques, les modalités de suivi et d'accompagnement des préparationnaires sont définis par l'organisation qui dispense la formation. Pour ce faire, chaque établissement d'accueil conclut avec un établissement assurant la formation de fonctionnaires ou de magistrats de l'ordre judiciaire ou un établissement public d'enseignement supérieur une convention de partenariat définissant les modalités respectives de contribution au cycle de

---

[2254] Art. 85, 6°, loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*.

[2255] V. à ce sujet RESEAU DES ECOLES DE SERVICE PUBLIC, CONFERENCE NATIONALE DES DIRECTEURS D'INSTITUTS ET DE CENTRES DE PREPARATION A L'ADMINISTRATION GENERALE, *Convention cadre*, 15 novembre 2015 (document en possession de l'auteur).

[2256] Art. 3 arr. n° NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » préparant aux concours d'accès à certaines écoles ou organismes assurant la formation de fonctionnaires ou de magistrats de l'ordre judiciaire*.

[2257] Art. 4 arr. *ibid.* ; circ. n° NOR : RDFF1528077C du 8 mars 2016 *relative au renforcement du dispositif des classes préparatoires intégrées*, p. 3.

[2258] Art. 2 décr. n° 2021-239 du 3 mars 2021 *instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles de formation y préparant* ; art. 6 arr. n° NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » […], op. cit.*

[2259] V. *infra* § 433.

[2260] Art. 6 arr. n° NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » […], op. cit.*

formation[2261]. La formation dispensée comprend notamment des enseignements préparant aux épreuves, des apports méthodologiques et pratiques, des interventions à visée professionnalisante, l'organisation de stages en administration ou dans une juridiction ou encore des mesures d'accompagnement et de soutien pédagogique, notamment par la voie du tutorat[2262]. Par le biais d'autres dispositifs compensatoires, les bénéficiaires de ces classes préparatoires peuvent recevoir un soutien matériel.

B – La compensation des handicaps matériels

436. Consistance – Le coût des études supérieures ou de la préparation de concours de la fonction publique peut être un frein pour les personnes de conditions modestes désireuses de se lancer dans ce type de cursus. Pour cette raison, les dispositifs propédeutiques sont accompagnés de mesures de soutien.

437. Au-delà de la formule classique des bourses d'études[2263], de la modulation des frais d'inscription en fonction des revenus familiaux[2264], du mécénat[2265], des bourses au mérite[2266], la CGE et la CDEFI se sont engagées par convention avec l'État à dispenser des frais de concours les étudiants boursiers et à moduler les épreuves orales de façon à réduire les coûts de transport et d'hébergement des candidats[2267]. Certaines écoles développent des aides au financement des études de leurs étudiants, en complément des bourses du Crous sur critères sociaux[2268].

438. Concernant l'accès à la fonction publique, les écoles de service public doivent autant que possible, faciliter l'accès des élèves à des solutions d'hébergement et de restauration à moindre coût lorsqu'une prise en charge totale de ces coûts n'est pas possible pour éviter que

---

[2261] Art. 8 arr. nº NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » […], op. cit.*
[2262] Art. 9 arr. nº NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » […], op. cit.*
[2263] V. par ex. la bourse d'accueil « convention diversité » de l'Institut Gaston Berger et de la Fondation INSA Lyon (consultée le 1er mars 2018).
[2264] V. par ex. le site de Sciences Po, rubriques « Admissions et Bourses », « Droits de scolarité et aides financières » (consulté le 11 septembre 2018).
[2265] R. DESCOINGS, *Sciences Po : de la Courneuve à Shanghai*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2007, p. 37. V. par ex. les bourses d'études de l'Association tremplin (consulté le 1er mars 2018) ; le mécénat d'entreprise du Centre égalité des chances de l'ESSEC.
[2266] Étendues à Sciences Po pour la procédure d'admission des CEP. V. CE, sect., 17 septembre 2007, nº 291548.
[2267] Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 2 février 2010, p. 4-5.
[2268] C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles […], op. cit.*, p. 40.

des questions matérielles ne découragent les candidats ou nuisent à leur préparation[2269]. Des allocations pour la diversité ont été créées en 2007 pour apporter un soutien pécuniaire aux personnes préparant un ou plusieurs concours[2270]. Leur nombre et leur montant sont fixés chaque année par le ministre chargé de la fonction publique[2271]. Renommées « bourses Talents » à la demande du chef de l'État, leur montant devrait passer de 2 000 à 4 000 € à la rentrée 2021[2272]. Elles sont attribuées par le préfet de région, pour un an renouvelable[2273]. Cette compensation s'adresse aux personnes sans emploi et aux étudiants préparant plusieurs concours de catégorie A ou B, et titulaires d'un diplôme leur permettant de s'y présenter, à la condition qu'ils soient inscrits dans un IPAG, un CPAG, une classe préparatoire Talents ou qu'ils s'engagent à suivre une préparation mise en place à cet effet par un organisme de préparation aux concours[2274]. Le dispositif a été refondu en 2020 pour être élargi aux personnes préparant un concours donnant accès à un emploi en qualité de magistrat, ainsi qu'à celles inscrites auprès d'un organisme de préparation aux concours en dehors d'un cursus d'études supérieures, ce qui inclut les titulaires d'un contrat de travail (contrat aidé, apprentissage, professionnalisation, contrat à durée indéterminée et à temps partiel, demandeurs d'emploi, etc.). En revanche, les agents publics sont exclus du bénéfice de ces allocations[2275].

439. Ces aides sont attribuées sous conditions de ressources et de mérite. Les exigences sont appréciées à l'aune des ressources du demandeur ou de sa famille, ainsi que de ses résultats antérieurs, en considération de ses mérites et de chaque situation particulière. À cet égard, il est tenu compte des difficultés spécifiques d'ordre matériel, familial ou social rencontrées par le demandeur, notamment une mention à un diplôme, l'absence de redoublement, une résidence

---

[2269] Circ. n° NOR : RDFF1528077C du 8 mars 2016 *relative au renforcement du dispositif des classes préparatoires intégrées*, p. 4.

[2270] Arr. n° NOR : CPAF2006676A du 5 juillet 2007 *relatif au régime des allocations pour la diversité dans la fonction publique* ; arr. n° NOR : CPAF2006676A du 20 avril 2020 *relatif au régime des allocations pour la diversité dans la fonction publique* ; circ. n° NOR : CPAF2012868C du 5 juin 2020 *relative à la mise en œuvre des allocations pour la diversité dans la fonction publique pour la campagne 2020 –2021*.

[2271] Environ 1 500 allocations pour la diversité ont été ouvertes pour la campagne 2020-2021. V. art. 2, arr. n° NOR : CPAF2006676A du 20 avril 2020 *relatif au régime des allocations pour la diversité dans la fonction publique* exposé des motifs ; circ. n° NOR : CPAF2012868C du 5 juin 2020, *relative à la mise en œuvre des allocations pour la diversité […]*, *op. cit.*

[2272] D. PICOT, « Haute fonction publique : le plan Macron pour l'égalité des chances », *La Gazette des communes*, 11 février 2021.

[2273] Art. 2 et 6 arr. n° NOR : TFPF2121996A du 5 août 2021 *relatif au régime des bourses Talents*.

[2274] Art. 1er, 3, 4 et 7, *ibid.* ; circ. n° NOR : CPAF2012868C du 5 juin 2020, *relative à la mise en œuvre des allocations pour la diversité […]*, *op. cit.*, p. 2-3.

[2275] art. 1er et 3 arr. n° NOR : TFPF2121996A du 5 août 2021 *relatif au régime des bourses Talents* ; circ. n° NOR : CPAF2012868C du 5 juin 2020, *relative à la mise en œuvre des allocations pour la diversité […]*, *op. cit.*, p. 2-3. Déjà en 2017, le CESE demandait le renforcement de ces allocations. M. BADRE, N. VERDIER NAVES, *Avis relatif à l'évolution de la fonction publique et des principes qui la régissent*, CESE, 2017, p. 39, recom. n° 9.

ou une scolarisation dans un QPV ou une ZRR[2276]. Naturellement, le versement est subordonné au suivi de la préparation aux épreuves et à la présentation du candidat à la phase d'admissibilité de l'un des concours pour lesquels l'aide lui a été accordée[2277]. Par dérogation aux dispositions précédentes, les élèves des classes préparatoires bénéficient de droit de l'allocation, sous réserve d'en faire la demande auprès de leur école ou de leur établissement[2278].

440. En guise de conclusion, le principe de ces allocations a inspiré au CSA un projet de financement individuel pour soutenir l'ouverture des formations aux métiers de la création et de la production audiovisuelle « *aux personnes issues de la diversité* »[2279]. En attendant sa concrétisation éventuelle, et la précision des catégories visées, la logique compensatoire connaît d'autres modalités de différenciations.

[2276] Art. 5 arr. nº NOR : TFPF2121996A du 5 août 2021 *relatif au régime des bourses Talents* ; circ. nº NOR : CPAF2012868C du 5 juin 2020, *relative à la mise en œuvre des allocations pour la diversité […]*, *op. cit.*, p. 4-5
[2277] Art. 7, arr. nº NOR : TFPF2121996A du 5 août 2021 *relatif au régime des bourses Talents.*
[2278] Art. 4, *ibid*. ; circ. nº NOR : CPAF2012868C du 5 juin 2020, *relative à la mise en œuvre des allocations pour la diversité […]*, *op. cit*., p. 5-6.
[2279] CSA, *La représentation de la diversité […]*, *op. cit.*, 2017, p. 16.

SECTION 2 – LA SUSPENSION DES REGLES DE CONCURRENCE DE L'EMPLOI PUBLIC ET DES GRANDES ECOLES POUR RENFORCER LA DIVERSITE DES RECRUTEMENTS

441. Position du problème – De nombreuses pistes ont été exploitées ces vingt dernières années pour diversifier les recrutements dans l'emploi public. Le caractère régalien du droit de la fonction publique explique la part importante de la loi et du règlement dans cette panoplie. Les évolutions qu'a connues ce secteur se trouvaient déjà annoncées dans le programme du gouvernement Jospin en 2001 tendant à diversifier et moderniser le recrutement dans la fonction publique[2280] : institution d'un parcours d'accès aux carrières de la fonction publique (PACTE), possibilités nouvelles d'allègement du contenu des concours et prise en compte de l'expérience professionnelle[2281], pérennisation possible des contrats[2282], etc. Cependant, toutes ces mesures – à l'exception du PACTE qui sera abordé *infra*[2283] – ne visaient pas à compenser l'existence d'inégalités d'accès à l'emploi public par un traitement différencié, mais à lever certains obstacles au recrutement. À prendre la suppression des limites d'âge en 2005 par exemple[2284], ou plus récemment l'ouverture de certains emplois de fonctionnaires aux contractuels de droit public[2285] et la suppression de la limitation du nombre de présentations possible à un concours de la fonction publique[2286], ces réformes ont toutes été présentées comme un moyen « *de diversifier la fonction publique* [pour] *permettre aux employeurs publics de recruter des profils nouveaux* »[2287]. Néanmoins, aucune n'emprunte la technique des différenciations

---

[2280] J. CHEVALLIER, « Révision générale des politiques publiques et gestion des ressources humaines », *RFAP*, n° 136, 2010, p. 913.

[2281] Art. 8 et 9, loi n° 2007-148 du 2 février 2007 *de modernisation de la fonction publique*.

[2282] Art. 12 à 20, loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 *portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique*.

[2283] V. *infra* § 471 et suiv.

[2284] Art. 1er, ord. n° 2005-901 du 2 août 2005 *relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État.* V. D. JEAN-PIERRE, « La disparition progressive des limites d'âge dans les fonctions publiques », *JCP A*, n° 40, 2005, p. 1486 ; J. –M. AUBY, J. –B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et *al.*, *Droit de la fonction publique*, Paris, D., 7e éd., 2012, p. 177-8 ; A. TAILLEFAIT, *Recrutement et cessation des fonctions*, JurisClasseur Fonctions publiques, Fasc. 240, 2011, § 30 et suiv. ; B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, H. RIHAL et *al.*, « Chronique de l'administration », *RFAP*, n° 115, 2005, p. 508-10.

[2285] Art. 111, 112, 113 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel* censurés par Cons. const., 4 septembre 2018, n° 2018-769 DC, *Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, cons. n° 69-72. Auj. art. 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ; art. 47 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* ; art. 3 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière*.

[2286] Décr. n° 2021-334 du 26 mars 2021 *portant suppression des limites au nombre de présentations aux concours et examens de la fonction publique civile et de la magistrature*.

[2287] J. –C. ZARCA, « Le projet de loi Avenir professionnel et la fonction publique », *LPA*, n° 174-5, 2018, p. 8-11. V. MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours*

compensatoires. Au contraire, la suppression des limites d'âge tendait vers l'égalité de traitement, là où la contractualisation relève plutôt d'un choix politique de type néo-managérial[2288]. Dans le même sens, les récentes propositions du rapport Bassères ne retiennent pas toujours le levier de la différenciation compensatoire, au profit de mesures qui relèvent plutôt d'un assouplissement des règles en vigueur (par exemple la transformation des épreuves des concours ou l'augmentation du nombre de places offertes)[2289]. Il y a là matière à constater que la logique différencialiste n'est pas unique et exclusive, mais qu'elle est susceptible de côtoyer une rationalité purement gestionnaire davantage pensée pour faire varier le profil académique et professionnel, sans égard pour les situations socioéconomiques individuelles. Pour cette raison, elle semble éloignée de la vocation à l'égalité des chances qui a prévalu depuis les origines.

442. Dans le secteur de l'enseignement supérieur, le législateur de 2013 s'est inspiré de la règle des « dix pour cent » en vigueur aux États-Unis[2290] pour ouvrir un droit d'accès prioritaire à l'ensemble des formations de l'enseignement supérieur public, y compris celles où une sélection peut être opérée, aux meilleurs bacheliers dans chaque série et spécialité[2291]. L'ancien article L. 612-3-1 du Code de l'éducation visait ainsi « *à diversifier socialement le recrutement des CPGE en luttant contre l'autocensure des enfants de milieu populaire* »[2292]. Dans l'esprit du texte, ce dispositif avait une vocation compensatoire, mais son assiette strictement méritocratique avait pu faire douter de son effectivité, tant elle paraissait propice à bénéficier

d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État, 2005 ; DGAFP, *La diversité dans la fonction publique*, Fiche pratique, 2010.

[2288] DDD, déc. nº MLD-2013-243 du 25 novembre 2013 *relative au refus d'enregistrement d'une candidature à un concours de la fonction publique fondé sur l'âge du candidat* ; DDD, déc. nº MLD-2015-020 du 20 janvier 2015 *relative au refus du rectorat déclarant irrecevable la candidature au second concours national d'agrégation* ; CE, ssr., 26 janvier 2015, nº 373746, *Slama*, cons. nº 3.

[2289] V. J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut […]*, *op. cit.*, p. 8-23.

[2290] V. par ex. M. TIENDA, S. ALON, S. X. NIU, « La discrimination positive et la loi texane "des dix pour cent" », *Sociétés contemporaines*, nº 79, 2010, p. 19-39 ; P. WEIL, *La République et sa diversité : Immigration, intégration, discriminations*, Paris, Seuil, 2005, p. 96-7 ; S. BENICHOU, I. KOHLER, D. SABBAGH, *Promouvoir l'égalité des chances dans l'enseignement supérieur sélectif : l'expérience américaine des percentage plans et sa pertinence dans le contexte français*, French American Foundation, 2008.

[2291] Art. L. 612-3-1 c. éduc. créé par art. 33, loi nº 2013-660 du 22 juillet 2013 *relative à l'enseignement supérieur et à la recherche*. Ce pourcentage était fixé annuellement par décret et s'élevait de façon constante à une hauteur de 10 % depuis la création du dispositif en 2013 jusqu'à sa suppression en 2020. V. par ex. art. 14 décr. nº 2020-181 du 28 février 2020 *relatif à la procédure nationale de préinscription pour l'accès aux formations initiales du premier cycle de l'enseignement supérieur et fixant le pourcentage des meilleurs bacheliers de chaque lycée bénéficiant d'un accès prioritaire dans les formations de l'enseignement supérieur public.*

[2292] D. GILLOT, *Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'enseignement supérieur et à la recherche*, Sénat, nº 659, 2013, p. 102.

d'abord aux personnes de milieu favorisé[2293]. La loi du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 l'a abrogé[2294].

443. Le principe de la suspension des règles de concurrence et ses modalités – Avec la suspension des règles de concurrence, les règles d'accès aux emplois publics sont mises entre parenthèses pour ne laisser concourir que les bénéficiaires des mesures compensatoires. Pour filer la métaphore sportive, « *la compétition n'est pas supprimée, mais elle ne joue plus qu'entre eux* »[2295]. Ce principe connaît de multiples déclinaisons dans les dispositifs inspirés du paradigme de la diversité.

444. La technique des quotas, utilisée à l'article L. 612-3 du Code de l'éducation pour fixer un volume global de places à allouer dans l'enseignement supérieur, est l'une d'elles. En l'espèce, l'autorité académique fixe un pourcentage minimal de bacheliers bénéficiaires d'une bourse nationale de lycée pour l'accès aux filières sélectives publiques du supérieur[2296]. Un quota identique est fixé dans les filières non sélectives publiques pour lesquelles le nombre de vœux confirmés excédent les capacités d'accueil[2297]. Pour les établissements d'enseignement supérieur privés, les taux sont déterminés selon les modalités définies par la convention entre les établissements concernés et le ministre chargé de l'enseignement supérieur[2298]. Lors des débats parlementaires en 2018, ces quotas ont été justifiés par l'idée que « *toutes les voies, toutes les méthodes visant à assurer la diversité doivent être une priorité* »[2299]. Le dispositif conjugue ainsi compensation et différenciation, en réservant un volume global de places dans l'enseignement supérieur à des catégories d'étudiants définis sur critères sociaux, mais sans créer de voies spécifiques d'accès aux filières du supérieur.

445. Tout autrement, le législateur et l'administration optent parfois pour des modalités différenciées d'accès. Elles s'appuient sur la conviction que la diversité des modes de recrutement est source de diversité des profils, notamment des origines sociales et

---

[2293] En ce sens, C. FORTIER, « Les universités dans la loi du 22 juillet 2013 », *AJDA*, n° 39, 2013, p. 2251.
[2294] Art. 37, loi n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 *de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur*.
[2295] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2016, p. 27.
[2296] Art. L. 612-3, VI, al. 2 c. éduc. créé par art. 1er loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 *relative à l'orientation et à la réussite des étudiants*.
[2297] Art. L. 612-3, V c. éduc.
[2298] MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET DE LA JEUNESSE, MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR, DE LA RECHERCHE ET DE L'INNOVATION, *Parcoursup : Les taux fixés par le recteur dans la phase d'admission de parcoursup. Définition et principes de mise en œuvre*, 2020, p. 4.
[2299] S. Charrière *in* ASSEMBLEE NATIONALE, *XVe législature. Session ordinaire de 2017-2018. Compte rendu intégral. Première séance du mercredi 13 décembre 2017*, 2017.

géographiques[2300]. Ce type de mesure fondé sur une voie réservée est intéressant, car la différenciation est plus approfondie que dans les autres mécanismes étudiés jusqu'à présent. Ici, les contrats d'insertion professionnelle que connaît l'emploi public (§ 1) doivent être distingués des techniques alternatives au concours de droit commun déployées dans les grandes écoles et la fonction publique (§ 2).

§ 1 – Les dispositifs transitoires d'insertion professionnelle dans l'emploi public

446. Position du problème – Ces vingt dernières années, les pouvoirs publics ont multiplié les dispositifs d'accès aux formations, missions et métiers offerts dans l'administration pour diversifier le profil des agents[2301]. La loi a créé des mécanismes contractuels d'aide à l'emploi ouverts uniquement aux personnes qui rencontrent des difficultés d'insertion sur le marché du travail. D'un esprit sensiblement identique, ils ont pour objet d'attirer vers l'emploi public des individus qui en sont éloignés en leur offrant des perspectives d'insertion professionnelle privilégiée[2302]. En faisant jouer à l'administration un « *rôle d'amortisseur social* »[2303], les pouvoirs publics escomptent diversifier le profil socioéconomique, géographique ou académique des agents.

447. Sous la forme d'un contrat de droit public ou de droit privé, ces dispositifs ont la particularité d'associer un emploi à durée déterminée dans l'administration à des mesures de formation professionnelle. Clairement tournée vers l'égalité des chances, la formation vise à favoriser l'insertion professionnelle immédiate et ultérieure des bénéficiaires. Outre ce double objet, la particularité de ces contrats est de ne s'adresser, dans la majorité des cas, qu'aux jeunes et aux demandeurs d'emploi. Cette individualisation de la réponse juridique permet de faire entrer immédiatement des profils sociaux moins homogènes dans l'administration et donc d'élargir son spectre social. Cette différenciation ne doit pas être confondue avec les dispositions législatives déjà évoquées ouvrant certains emplois permanents au recrutement contractuel et parfois présentées comme un moyen de diversifier la fonction publique[2304]. Enfin,

---

[2300] V. par ex. D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, *op. cit.*, 2004, p. 103 ; C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles […]*, *op. cit.*, p. 37.
[2301] J. –B. AUBY, « La diversification des recrutements dans la fonction publique », *DA*, nº 3, 2004, repères nº 3.
[2302] COMITE INTERMINISTERIEL A L'EGALITE ET A LA CITOYENNETE, *Égalité et citoyenneté*, 6 mars 2015, p. 31.
[2303] E. AUBIN, « La contractualisation et l'agent public », *RFDA*, nº 2, 2018, p. 249-55.
[2304] J. –C. ZARCA, « Le projet de loi Avenir professionnel et la fonction publique », *op. cit.*, p. 8-11.

la vocation de ces dispositifs est transitoire. À l'issue du contrat, les bénéficiaires révolus doivent satisfaire aux modalités de recrutement de droit commun, autrement dit aux concours, s'ils veulent intégrer la fonction publique. Dans cette perspective, leur expérience professionnelle dans l'emploi public est prise en compte, ce qui donne à voir la contractualisation de l'emploi comme une sorte d'antichambre du statut.

448. Plan – Trois dispositifs contractuels empruntant la technique des différenciations compensatoires seront évoqués. Le premier est spécifique aux corps des forces de l'ordre et revêt une dimension inaugurale puisqu'il s'agit de l'un des premiers dispositifs de ce type adopté en la matière (A). Le deuxième et le troisième sont ouverts à l'ensemble de la fonction publique. L'un est ancien, il s'agit de l'apprentissage (B). L'autre est plus récent et est pour l'heure expérimental. Il s'agit du contrat de préparation aux concours de catégorie A et B (C).

A – Les emplois aidés dans les forces de l'ordre

449. Les emplois concernés – Les contrats d'adjoint de sécurité (ADS) et les contrats de Gendarme adjoint volontaire (GAV) sont des contrats de volontariat dans les forces de l'ordre[2305]. Les contrats d'ADS ont pour objet de développer des activités répondant à des besoins non satisfaits de l'État en matière de prévention, d'assistance et de soutien, particulièrement dans les lieux qui nécessitent des actions spécifiques de proximité[2306]. Ils sont ouverts sans condition de diplôme aux personnes âgées de dix-huit à moins de trente ans pour trois ans, renouvelables une fois[2307]. Ils sont également accessibles aux mêmes catégories d'individus sous la forme de contrats d'accompagnement dans l'emploi (CAE) pour une durée n'excédant pas deux ans[2308]. Par dérogation au Code du travail, les bénéficiaires sont recrutés en tant que contractuels de droit public. Au terme de la durée du CAE, ils poursuivent leur mission pour 1 an[2309]. Les contrats de GAV relèvent de la même logique. Ils sont ouverts sans

[2305] Créés par art. 10, loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 *relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes* ; arr. n° NOR : INTC0000434A du 24 août 2000 *fixant les droits et obligations des adjoints de sécurité recrutés au titre du développement d'activités pour l'emploi des jeunes*. Auj. art. L. 411-5 et suiv. et R. 411-4 et suiv. du CSI – Créés par décr. n° 98-782 du 1er septembre 1998 *relatif aux volontaires dans les armées*. Auj. L. 4132-11 et suiv. du c. de la défense ; art. 3 à 16, décr. n° 2008-955 *du 12 septembre 2008 relatif aux volontariats militaires* ; arr. n° NOR : INTJ1409419A du 2 mai 2014 *relatif au recrutement des volontaires dans les armées en service au sein de la gendarmerie nationale*.
[2306] Art. L. 411-5 et art. R. 411-5 à 7 CSI.
[2307] Art. L. 411-5, R. 411-8, R. 411-8-1 et R. 411-9 CSI.
[2308] Art. L. 411-6 CSI ; art. L. 5134-20 c. trav.
[2309] Art. L. 411-6 CSI.

condition de diplômes aux jeunes de 16 à 26 ans au plus, pour 5 ans, exceptionnellement prolongeable 1 an[2310].

450. Dans leur principe, ces contrats font primer la logique de service sur celle d'une diversité des recrutements, puisqu'ils ont pour objet premier de répondre à des besoins d'effectifs régaliens non satisfaits de l'État. Cependant, le fait est que ces dispositifs visent de manière préférentielle à faciliter l'insertion professionnelle de catégories de personnes, les jeunes peu ou pas diplômés, dans les métiers de la sécurité. Le caractère relativement court du service, 5 à 6 ans maximum, leur permet d'acquérir une première expérience significative, à l'issue de laquelle elles pourront se présenter aux différents concours internes des ministères concernés[2311]. Pour cette raison, les pouvoirs publics ont intégré ces contrats à leur stratégie nationale de diversité dans la fonction publique[2312].

451. La création des cadets de la République en 2004 [2313] confirme et étend cette logique puisque « *ce dispositif vise ouvertement une diversification des bases sociales du recrutement de la police nationale* »[2314]. Sélectionnés selon les mêmes modalités que les ADS, ils en partagent le statut, mais s'en distinguent par la durée plus longue et le contenu de leur formation initiale, conçue pour les préparer au concours des gardiens de la paix. Les profils des jeunes en situation d'échec scolaire ou qui viennent de QPV sont particulièrement bienvenus dans ce parcours[2315]. Sur le plan juridique et dans ce domaine, la réponse apportée par le droit au problème de la diversité dans l'administration « *passe* [donc] *par le recrutement contractuel d'adjoints de sécurité et de cadets de la République au sein de la police, et de gendarmes*

[2310] Art. 4 et 6, décr. nº 2008-955 *du 12 septembre 2008 relatif aux volontariats militaires* ; al. 4, II, art. L. 4139-16 c. de la défense.
[2311] Art. 6, 3º a) décr. nº 2004-1439 du 23 décembre 2004 *portant statut particulier du corps d'encadrement et d'application de la police nationale* ; art. 11-1, 2º et 3º, décr. nº 2008-953 du 12 septembre 2008 *portant statut particulier des corps de sous-officiers et officiers mariniers de carrière des armées et du soutien technique et administratif de la gendarmerie nationale* ; circ. nº NOR/INT/C/02/00058/C du 1er mars 2002 *sur l'insertion professionnelle des adjoints de sécurité de la police nationale à l'issue de leur contrat.*
[2312] Circ. nº INT/C/99/00/186/C du 16 août 1999 *relative aux conditions d'emploi, de recrutement et de formation des adjoints de sécurité* ; D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 90-2 ; G. GEOFFROY, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la diversité du recrutement dans la gendarmerie et la police nationales*, AN, nº 3999, 2011.
[2313] Art. R. 411-10 du CSI ; art. 8 et suiv., arr. nº NOR : INTC0000433A du 24 août 2000 *fixant les modalités de recrutement et de formation des adjoints de sécurité recrutés au titre du développement d'activités pour l'emploi des jeunes* ; arr. nº NOR : INTC1632003A du 12 décembre 2016 *modifiant l'arrêté du 1er juillet 2005 fixant le montant mensuel de l'allocation d'études pour les adjoints de sécurité suivant le parcours de « cadet de la République, option police nationale »*.
[2314] D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, *op. cit.*, 2004, p. 90-2.
[2315] *Ibid.*, p. 91 ; G. GEOFFROY, *Rapport d'information […]*, *op. cit.*, p. 15.

adjoints volontaires au sein de la gendarmerie nationale, afin de permettre aux jeunes de toutes origines l'accès à ce type de carrières »[2316]. Dans la même veine, l'apprentissage dans le secteur public est avancé par les pouvoirs publics comme une mesure pour diversifier les recrutements en direction des jeunes[2317].

B – L'apprentissage

452. Consistance – L'apprentissage dans l'emploi public a fait l'objet ces dernières années d'une certaine effervescence[2318]. Plusieurs rapports et la définition d'objectifs chiffrés directement par le Président de la République ont contribué à renouveler ce mécanisme pourtant ancien[2319]. En effet, l'ouverture de l'apprentissage au secteur public remonte à 1992, mais le dispositif a été régulièrement amendé depuis[2320]. Il est ouvert aux personnes morales de droit public dont le personnel ne relève pas du droit privé[2321]. Codifié dans le Code du travail, il est

---

[2316] ONU, *Rapport national présenté conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16/21 du Conseil des droits de l'homme*, Rapport de la France, nº A/HRC/WG.6/15/FRA/1, 2012, p. 24, NBP nº 46-7.

[2317] DGAFP, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Faits et chiffres*, 2017, p. 20 ; circ. nº NOR : RDFF1507087C du 8 avril 2015 *relative à la mise en œuvre de l'apprentissage dans le secteur public non industriel et* commercial, p. 1 ; L. HENART, *Développer les formations en alternance dans le secteur public*, Rapport au Premier ministre, 2009, p. 18.

[2318] V. https://www.alternance.emploi.gouv.fr ; DGAFP, *L'apprentissage dans la fonction publique de l'État. Guide pratique à l'usage des services des ressources humaines*, 2e éd., 2017 ; C. WILSON, « L'apprentissage dans la fonction publique territoriale », *AJCT*, nº 4, 2018, p. 199-202.

[2319] V. M. BADRE, N. VERDIER NAVES, *Avis relatif à l'évolution de la fonction publique et des principes qui la régissent*, CESE, 2017, p. 45 ; C. J. RICHARD, P. TROUILLY, *Développer et pérenniser l'apprentissage dans la fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2015 ; VILLE C., DUPAYS S., DESFORGES C. et *al*., *Les freins non financiers au développement de l'apprentissage*, Rapport aux ministères de l'Éducation nationale, du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social et de la Réforme de l'État, de la Décentralisation et de la Fonction publique, 2014 ; D. PIROT, *L'apprentissage en alternance dans les collectivités locales : constats et propositions d'évolution*, Rapport au Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, 2013 ; L. HENART, *Développer les formations en alternance dans le secteur public*, *op. cit.* ; Y. SABEG, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport au Président de la République, 2009, p. 54-5 ; circ. nº NOR : RDFF1507087C du 8 avril 2015 *relative à la mise en œuvre de l'apprentissage […]*, *op. cit.* ; cir. nº NOR : RDFF1709751C du 10 mai 2017 *relative à la campagne 2017/2018 de recrutement d'apprentis au sein de la fonction publique de l'État* ; DARES, « L'apprentissage en 2016 – Une stabilisation des entrées dans la construction après sept années de baisse », *Résultats*, nº 57, 2017.

[2320] Pour un aperçu de l'Ancien Régime à nos jours, D. PIROT, *L'apprentissage en alternance […]*, *op. cit.*, p 7-9 ; art. 18 à 21, loi nº 92-675 du 17 juillet 1992 *portant diverses dispositions relatives à l'apprentissage, à la formation professionnelle et modifiant le code du travail* ; art. 13, loi nº 97-940 du 16 octobre 1997 *relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes* ; art. 16 à 42, loi nº 2005-32 du 18 janvier 2005 *de programmation pour la cohésion sociale* ; art. 73, loi nº 2016-1088 du 8 août 2016 *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* ; décr. nº 2016-456 du 12 avril 2016 *abrogeant le décret nº 92-1258 du 30 novembre 1992 pris en application de la loi nº 92-675 du 17 juillet 1992 portant diverses dispositions relatives à l'apprentissage et à la formation professionnelle et plus particulièrement le chapitre II concernant l'expérimentation de l'apprentissage dans le secteur public non industriel et commercial* ; art. 11 et suiv., loi nº 2018-771 du 5 septembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel*.

[2321] Art. L. 6227-1 du c. trav. ; circ. nº NOR : RDFF1507087C du 8 avril 2015 *relative à la mise en œuvre de l'apprentissage […]*, *op. cit.*. Ce peut-être une administration de l'État ou de ses établissements publics administratifs, d'une collectivité territoriale et de ses établissements publics, d'un établissement public hospitalier

défini comme un contrat de travail de droit privé particulier conclu entre un apprenti ou son représentant légal et un employeur public[2322]. Ce dernier s'engage à verser un salaire à l'apprenti et à lui assurer une formation professionnelle complète, dispensée pour partie dans une administration et pour partie en centre de formation d'apprentis ou section d'apprentissage. L'apprenti s'oblige en retour à travailler pour lui pendant la durée du contrat et à suivre cette formation[2323]. Le contrat qui le lie à son employeur est soumis au droit commun de l'apprentissage. De nombreuses dispositions sont communes aux personnes morales de droit public et de droit privé, à l'exception des aménagements prévus pour tenir compte des particularités du secteur public[2324]. En l'occurrence, l'apprenti n'est pas considéré comme occupant un emploi public au sens de la DDHC, mais comme un agent de droit privé dont le statut est régi par des règles qui diffèrent donc substantiellement de celles s'appliquant habituellement aux agents publics. Par conséquent, il n'est pas dispensé de candidater dans les conditions de droit commun aux différentes voies permettant d'intégrer la fonction publique.

453. Si les pouvoirs publics comptent sur l'apprentissage pour diversifier les profils des agents de l'administration, alors même qu'il n'a pas été créé à cette fin, c'est en raison de ses effets compensatoires attendus. Cette voie spécifique est ouverte aux jeunes de seize à vingt-neuf ans révolus[2325] – mais des exceptions existent[2326] – pour favoriser leur insertion professionnelle. Sans cette passerelle, ces jeunes gens seraient concurrencés par des individus plus expérimentés et mieux intégrés sur le marché du travail. Pour le ministère de la Fonction publique, l'apprentissage est un outil intéressant pour attirer et fidéliser des personnes qui ne se destinent pas forcément à rejoindre l'administration, dès lors que sans cette aide, la plupart n'y entreraient jamais. C'est le cas dans les écoles de journalisme par exemple, où les contrats

ou encore d'un EPIC pour ce qui concerne les activités relevant du secteur public administratif et employant des personnels régis par le droit public.

[2322] Art. L. 6227-1 à L. 6227-12 et D. 6271-1 à D. 6272-2 c. trav.

[2323] Art. L. 6221-1 c. trav.

[2324] Art. L. 6227-12 c. trav.

[2325] Art. L. 6222-1 c. trav.

[2326] Art. L. 6222-1 et 2 c. trav. ; R. 6222-1-1 et D. 6222-1 c. trav. ; I, 1, circ. n° NOR : RDFF1507087C du 8 avril 2015 *relative à la mise en œuvre de l'apprentissage […], op. cit.* ; art. 77, loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 *relative au travail […], op. cit.* ; décr. n° 2016-1998 du 30 décembre 2016 *fixant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer aux expérimentations prévues aux articles 76 et 77 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail […], op. cit.* ; décr. n° 2017-355 du 20 mars 2017 *complétant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation prévue à l'article 77 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail […], op. cit.* ; arr. n° NOR : ETSD1636816A du 17 janvier 2017 *fixant le cahier des charges relatif à l'expérimentation mentionnée à l'article 77 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail […], op. cit.*

d'apprentissage permettent d'attirer des profils moins homogènes[2327]. Pour cela, l'administration peut s'inspirer de l'expérience du secteur privé qui exploite depuis longtemps ce type de contrat pour diversifier ses recrutements, comme le rappellent de nombreux accords professionnels relatifs à la diversité[2328]. D'ailleurs, ce n'est pas un hasard s'il est désormais tenu compte de la période d'apprentissage dans le calcul de la durée d'activité nécessaire pour se présenter aux troisièmes concours, l'idée étant d'encourager les personnes ayant accompli une période d'apprentissage à candidater au statut[2329].

454. Si d'autres voies spécifiques ont été envisagées ces dernières années pour pérenniser l'insertion des apprentis dans l'emploi public à l'issue de leur formation, c'est finalement l'expérimentation d'un nouveau type de contrat qui a été retenue par le législateur[2330].

C – Le contrat de préparation aux concours de catégorie A et B

455. Consistance – Dans « *la droite ligne de l'idée d'ouverture de la fonction publique à la diversité* »[2331], la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté a créé un contrat expérimental de préparation aux concours de catégorie A et B, dit contrat PrAB, entré en vigueur au 1er janvier 2018 pour 6 ans[2332]. Ce dispositif est une sorte de déclinaison du contrat d'apprentissage spécialement pensé pour diversifier les voies d'accès à la fonction publique[2333]. À cet effet, il permet à son titulaire d'être recruté sur des emplois permanents de catégorie A ou B, tout en lui permettant, par une formation en alternance avec son activité professionnelle rémunérée, de se présenter à un concours pour accéder à un corps ou cadre d'emplois de la fonction publique de

---

[2327] I. CHUPIN, A. SOUBIRON, C. TASSETT, « Entre social et ethnique. Les dispositifs d'ouverture à la "diversité" dans les écoles de journalisme en France », *Terrains & travaux*, n° 29, 2016, p. 226.
[2328] V. par ex. art. 1.2, PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 2015, p. 8.
[2329] Art. 159, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.
[2330] Pour un aperçu de ces propositions, v. J. RICHARD, P. TROUILLY, *Développer et pérenniser […]*, *op. cit.*, p. 42-5, 45-8 et 48-52 ; D. PIROT, *L'apprentissage en alternance […]*, *op. cit.*, p. 26.
[2331] E. BAREIGTS, alors secrétaire d'État à l'égalité réelle citée *in* R. HAMMADI, *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, AN, n° 3851, 2016, p. 665.
[2332] Art. 167, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; décr. n° 2017-1471 du 12 octobre 2017 *instituant à titre expérimental un dispositif d'accompagnement des agents publics recrutés sur contrat à durée déterminée et suivant en alternance une préparation aux concours de catégorie A ou B de la fonction publique* ; circ. n° NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental d'accompagnement des agents publics recrutés sur contrat à durée déterminée et suivants en alternance une préparation au concours de catégorie A ou B de la fonction publique de l'État, dénommé « contrat PrAB »* ; D. JEAN-PIERRE, « Les contrats d'accompagnement aux concours de la fonction publique », *JCP A*, n° 43, 2017, p. 3-5.
[2333] DGAFP, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Faits et chiffres*, 2017, p. 18.

l'État, territoriale ou hospitalière correspondant à l'emploi occupé[2334]. Sur le plan statutaire, le bénéficiaire est donc un agent contractuel de droit public régi, sauf exception, par les dispositions légales et réglementaires de droit commun[2335].

456. Publics – Avec son double objet, ce contrat permet à des individus diplômés qui rencontrent des difficultés dans leur (ré) insertion professionnelle d'être recrutés comme contractuels de l'administration, tout en les préparant à passer les concours de catégories A ou B. La compensation accordée consiste d'abord en une aide à l'emploi de nature temporaire fondée sur l'occupation d'un emploi permanent normalement réservé aux fonctionnaires[2336]. Elle comprend également un accompagnement pédagogique, inspiré des classes préparatoires talents, assuré en partenariat avec les IPAG, CPAG et les écoles du service public[2337]. Cette mesure préférentielle s'adresse à des catégories de personnes sans emploi, âgées de 28 ans au plus et n'ayant pas la qualité d'agent public, aux personnes en situation de chômage de longue durée, ainsi qu'à celles de quarante-cinq ans et plus bénéficiaires de minima sociaux[2338]. À l'issue d'une procédure de publicité préalable[2339], une sélection est opérée par une commission[2340] sur la base de leurs aptitudes et de leur motivation à rejoindre le service public après une présélection sur dossier et un entretien[2341]. Toutefois, à aptitudes égales, le législateur a souhaité accorder le bénéfice de cette mesure aux candidats qui résident dans un QPV[2342],

---

[2334] Art. 167, al. 1er, loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; art. 1er, décr. nº 2017-1471 du 12 octobre 2017 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit.* ; I, 1.4, circ. nº NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental […]*, *op. cit*.

[2335] Art. 2, décr. nº 2017-1471 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit.* ; IV, circ. nº NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental […]*, *op. cit.*

[2336] La durée du contrat ne peut être inférieure à douze mois ni supérieure à deux ans ; il peut être renouvelé dans la limite d'un an, lorsque la personne a échoué aux épreuves du concours auquel elle s'est présentée. V. art. 167, al. 6 et 7, loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; III, 3.4, circ. nº NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental […]*, *op. cit*.

[2337] Art. 167, al. 4 et 5, loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; art. 10 et 11, décr. décr. nº 2017-1471 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit* ; § V et VI, circ. nº NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental […]*, *op. cit.*

[2338] Art. 167, al. 1er et *in fine*, loi nº 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; I, 1.3 et II. 2. 3, circ. nº NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental […]*, *op. cit*.

[2339] Art. 4, décr. nº 2017-1471 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit.* ; II, 2.1, circ. nº NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental […]*, *op. cit.*

[2340] Art. 167, al. 3, loi nº 2017-86 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; art. 6, décr. nº 2017-1471 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit.* ; III, 3.1, circ. nº NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental […]*, *op. cit*.

[2341] Art. 167, al. 3, loi nº 2017-86 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; art. 5 et 6, décr. nº 2017-1471 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit.* ; II, 2.2 et III, 3.2, 3.3, circ. nº NOR : CPAF1801893C du 17 mai 2018 *relative à la mise en œuvre du dispositif expérimental […]*, *op. cit*.

[2342] Au sens de l'art. 5, loi nº 2014-173 du 21 février 2014 *de programmation pour la ville et la cohésion urbaine*.

dans une ZRR[2343], dans une collectivité régie par l'article 73 de la Constitution, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, à Saint-Pierre-et-Miquelon, ou dans les territoires définis par décret en Conseil d'État dans lesquels les jeunes connaissent des difficultés particulières d'accès à l'emploi[2344].

457. Les contrats PrAB constituent une autre illustration de la manière dont le législateur puise dans la technique des différenciations compensatoires pour la transposer à un dispositif expérimental de diversification. Toutefois, à l'instar des contrats de volontariat dans les forces de l'ordre ou du contrat d'apprentissage, les bénéficiaires doivent satisfaire aux modalités de recrutement de droit commun s'ils veulent intégrer le statut de la fonction publique. Tel n'est pas le cas d'autres dispositifs qui ont la particularité d'être construits comme des alternatives aux concours.

§ 2 – Les dispositifs alternatifs aux concours de droit commun dans la fonction publique et les grandes écoles

458. Consistance – Par rapport aux dispositifs précédents, les mécanismes compensatoires en question ont pour singularité d'accoler aux concours de droit commun des voies d'admission parallèles. Il ne s'agit donc plus seulement d'adapter au concours les candidats, mais aussi d'adapter le concours aux candidats en leur accordant le bénéfice d'une voie réservée. La technique du concours distinct consiste « *à réserver aux membres du groupe favorisé une voie d'accès spéciale à des biens sur lesquels ils ne bénéficient d'aucune forme de priorité* »[2345] par rapport aux autres concurrents. En l'occurrence, ce type de concours concerne l'accès à la carrière de fonctionnaire ou à une grande école. Il s'adresse à quelques catégories de personnes seulement. Le choix de cette modalité trouve sa justification dans une volonté de compenser les effets socialement discriminants du concours, afin de rétablir les conditions de l'égalité des chances et de ne pas les engager dans un jeu très probablement perdu d'avance. Ce faisant, la compensation est poussée à un degré plus élevé pour faire entrer directement ces profils

[2343] Au sens de l'art. 1465 A c. général des impôts.
[2344] Art. 167, al. 3, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit.* ; art. 3, décr. n° 2017-1471 du 12 octobre 2017 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit.* par renvoi à l'art. D. 1233-2 c. trav.
[2345] G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 27.

socioéconomiques dans l'administration ou dans un établissement élitiste de l'enseignement supérieur.

459. Les autres voies d'accès spécifiques non compensatoires – Ces mesures s'inspirent d'autres procédés de sélection, comme les recrutements sans concours qui ouvrent l'accès à certains corps et cadres d'emploi de la fonction publique aux non-diplômés[2346]. Si ce mode de recrutement participe assurément à diversifier le profil des agents, sa justification se trouve dans des considérations pragmatiques (coût de l'organisation d'un concours, inadéquation de cette procédure pour ce type de recrutement, etc.)[2347]. Ainsi, ce type de mesure se distingue par l'absence de compensation et donc de différenciation. Plus récemment, d'autres voies d'accès à la fonction publique ont été créées. Déjà en 1983, la création d'une troisième voie d'accès à l'ENA cherchait à varier le profil professionnel des agents, mais elle n'a eu qu'un effet limité sur leur profil sociéconomique, sa vocation n'étant pas de compenser des inégalités[2348]. Pour permettre « *la diversification des profils socioéconomiques* »[2349] des individus admis dans la fonction publique, « *afin qu'elle soit plus représentative de la société qu'elle sert* »[2350], la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté a érigé le troisième concours en voie de recrutement de droit commun[2351]. À l'effet de rendre cette procédure moins marginale et de renforcer son application, notamment dans les corps de catégories B, le législateur a aussi assoupli les modalités de prise en compte de l'expérience professionnelle et supprimé la détermination de la proportion de places offertes par rapport au total de places proposées aux concours externes et internes. L'ENA a aussi expérimenté un concours sur titre pour les titulaires d'un diplôme de

---

[2346] Art. 22, c), loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ; art. 38, d), loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* ; art. 32, c), loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 du 9 janvier 1986 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière*.

[2347] DGAFP, *La diversité dans la fonction publique*, Bureau de la communication et de la documentation, 2010, p. 2.

[2348] Art. 2, loi n° 83-26 du 19 janvier *1983 modifiant l'ordonnance n° 59244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires* ; Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires* : *AJDA*, n° 5, 1983, p. 312 com. P. –M. GAUDEMET ; *Pouvoirs*, n° 26, 1983, p. 1980 chron. P. AVRIL, J. GICQUEL ; *RDP*, n° 2, 1983, p. 333 chron. L. FAVOREU ; loi n° 90-8 du 2 janvier 1990 *relative à la création d'un troisième concours d'entrée à l'École nationale d'administration* ; G. DUTHIL, N. DE LORGERIL, « Vingt-cinq ans de troisième concours à l'ÉNA : un exemple réussi de diversification de la haute fonction publique ? », *RFAP*, n° 1, 2015, p. 195-212 ; O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique et de la haute fonction publique », n° 4, 2020, p. 31. V. dans le même sens, Cons. const., 16 janvier 1986, n° 85-204 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*.

[2349] Art. 36, exposé des motifs, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

[2350] Étude d'impact, *ibid.*, p. 266.

[2351] Art. 15, II ; 18, VI ; 19, II, loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 *relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale* : *AJDA*, n° 5, 2001, p. 472 com. P. – F. FRESSOZ ; art. 159, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité […]*, *op. cit.*

doctorat, une autre modalité promue depuis quelques années pour diversifier les recrutements et déjà reconnue comme une modalité d'accès dans certaines grandes écoles[2352]. Trois places ont été ajoutées à l'ensemble des places offertes pour les trois concours pour l'année 2019[2353].

460. En tout état de cause, si ces diverses modalités de recrutement ont bien pour effet d'élargir les recrutements à des profils plus diversifiés, elles n'ont pas vocation à compenser les inégalités, ou seulement à la marge. De plus, leur architecture n'est pas soutenue par des fondations différencialistes. Contrairement aux dispositifs étudiés précédemment, ils sont aveugles à la situation socioéconomique de leurs cibles, puisque l'expérience professionnelle ou les résultats scolaires sont éloignés de ce type de considérations.

461. Les évolutions des voies réservées – Ces voies d'accès sont en pleine mutation. La fin de l'année 2020 et le début de l'année 2021 ont été riches de transformations pour les dispositifs compensatoires d'accès à l'enseignement supérieur et à la fonction publique. Alors que la loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030[2354] a étendu et renforcé certains mécanismes existants, l'IEP de Paris a refondu l'intégralité des modalités de sélection des CEP. De son côté, le Président de la République a annoncé un renforcement des mesures existantes et l'expérimentation de nouveaux concours d'accès à certains corps de fonctionnaires. L'actualité de ces annonces introduit une part d'incertitude et d'expectative dans l'attente de la fixation d'un cadre législatif et réglementaire consolidé. En tout état de cause, le principe des voies d'accès réservées à l'enseignement supérieur (A) et à la fonction (B) n'est pas remis en cause.

A – Les voies réservées de l'enseignement supérieur

462. Plan – L'article L. 611-1 du Code de l'éducation dispose qu'« *un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles sont ouvertes et agréées, dans chaque région,*

[2352] Décr. nº 2018-793 du 14 septembre 2018 *instituant à titre expérimental un concours externe spécial d'entrée à l'École nationale d'administration réservé aux titulaires d'un diplôme de doctorat* ; arr. nº NOR : CPAF1815900A du 31 octobre 2018 *fixant les règles d'organisation générale, la nature, la durée, les coefficients et le programme des épreuves du concours externe spécial d'entrée à l'École nationale d'administration réservé aux titulaires d'un diplôme de* doctorat. V. sur ce point, J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut national du service public*, Rapport au Premier ministre, 2021, not. p. 14 ; F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, *op. cit*., p. 35 ; ENA, « L'École nationale d'administration ouvre un concours pour les docteurs des Universités », *Communiqué de presse du 16 septembre 2018* ; E. MATUTANO, « La reconnaissance du doctorat dans la fonction publique : une bouteille jetée dans l'océan normatif ? », *AJFP*, nº 5, 2015, p. 275-80.

[2353] Art. 5, décr. nº 2018-793 du 14 septembre 2018 *instituant à titre expérimental […]*, *op. cit*.

[2354] Art. 37, loi nº 2020-1674 du 24 décembre 2020 *de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur*.

des classes préparatoires aux écoles ouvertes principalement aux élèves provenant d'établissements situés en zone d'éducation prioritaire »[2355]. Cependant, il semble que le décret en question n'ait jamais été adopté[2356]. Par défaut, le principe des voies réservées dans le domaine éducatif est actuellement celui des conventions d'éducation prioritaire développées à l'origine par l'IEP de Paris (1). Leur essaimage semble se confirmer à l'aune des récentes transformations législatives (2).

1 – Le principe des conventions d'éducation prioritaire

463. Genèse – Les CEP ont été créées par l'IEP de Paris au début des années 2000[2357]. Sciences Po ambitionne alors de « *faire sauter le "verrou social"* »[2358] qui affecte les élèves scolarisés dans des lycées classés en zones urbaines sensibles (ZUS) et en zones d'éducation prioritaire (ZEP)[2359]. À l'époque, l'augmentation du nombre de places est jugée insuffisante pour décloisonner l'établissement[2360]. R. Descoings explique alors que « *mieux vaut diversifier les modes de sélection, car c'est ainsi que nous diversifierons le recrutement* »[2361]. Dans cette optique, l'Institut instaure un concours distinct, réservé uniquement aux élèves de lycées classés dans des zones géographiques prioritaires et conventionnés avec l'établissement. En 2001, sept établissements de la région parisienne et nancéienne concluent une convention de partenariat avec Sciences Po. La même année, le législateur clarifie l'autonomie du conseil de direction de l'établissement par rapport à la compétence du ministre de l'Enseignement supérieur afin d'habiliter l'IEP à déterminer ses propres modalités d'admission[2362]. Face au risque contentieux, la loi renforce également la légalité du futur dispositif en autorisant le conseil à

[2355] Créé par l'art. 11, loi nº 2006-396 du 31 mars 2006 *pour l'égalité des chances*.
[2356] V. déjà sur ce constat plus d'un an après l'adoption de la loi, Y. BODIN, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires culturelles par la mission d'information portant sur la diversité sociale et l'égalité des chances dans la composition des classes préparatoires aux grandes écoles*, Sénat, nº 441, 2007, p. 133. Sans compter que la refondation de l'éducation prioritaire a remplacé les ZEP par les REP et les REP+ depuis 2015.
[2357] Sur la genèse v. R. DESCOINGS, *Sciences Po : de la Courneuve à Shanghai*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2007, p. 351-88 ; C. DELHAY, *Promotion ZEP : Des quartiers à Sciences Po*, Paris, Hachette Littérature, 2006.
[2358] Y. BODIN, *Rapport d'information […]*, *op. cit.*, p. 79.
[2359] V. M. CHEURFA, V. TIBERJ, Le concours d'entrée à Sciences Po. Inégalités d'accès et inégalités sociales, Rapport à l'IEP de Paris, 2001.
[2360] V. TIBERJ, *Sciences Po, dix ans après les Conventions Éducation Prioritaire*, Rapport à l'IEP de Paris, 2011, p. 18-9.
[2361] D. SABBAGH, « Paris/Texas : Les voies détournées de la "diversité" dans les filières d'élite de l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *RIPC*, nº 1, 2016, p. 111, NBP nº 102, entretien avec Richard Descoings, Sciences Po, 28 janvier 2010.
[2362] Auj. art. 612-3, VI c. de l'éduc ; art. 9, al. 3, décr. nº 2016-24 du 18 janvier 2016 *relatif à l'Institut d'études politiques de Paris*.

différencier les règles de sélection pour accéder à l'établissement[2363]. Par dérogation au principe de liberté d'accès au premier cycle de l'enseignement supérieur aux titulaires d'un baccalauréat, le conseil de direction de l'IEP de Paris est autorisé par le nouvel article L. 621-3 du Code de l'éducation à « *adopter des procédures d'admission comportant notamment des modalités particulières destinées à assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second degré. Les procédures d'admission peuvent être mises en œuvre par voie de conventions conclues avec des établissements d'enseignement secondaire ou supérieur, français et étrangers, pour les associer au recrutement par l'institut de leurs élèves ou étudiants* »[2364]. Déférée au Conseil constitutionnel, la disposition est validée avec une réserve d'interprétation. En effet, les juges ont estimé que si le législateur pouvait « *déroger* [au principe de liberté d'accès au premier cycle de l'enseignement supérieur] *en vue de permettre la diversification de l'accès des élèves* [à] *l'Institut d'études politiques de Paris, c'est à la condition que les modalités particulières que fixera à cette fin, sous le contrôle du juge de la légalité, le conseil de direction de l'Institut, reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction* »[2365]. L'annulation en 2003 par la Cour administrative d'appel de Paris des délibérations autorisant l'établissement à conclure des CEP a confirmé *a posteriori* l'importance que revêtait cette réserve. En l'espèce, le juge a considéré que si l'IEP pouvait légalement conclure des conventions visant à diversifier l'accès des élèves avec des lycées de la géographie prioritaire, le conseil de direction devait préciser les critères de choix de ces établissements et les conditions d'évaluation de cette expérimentation[2366]. Pour poursuivre l'expérience en tenant compte de la jurisprudence constitutionnelle et administrative, le conseil de direction de Sciences Po a donc précisé les critères de sélection des établissements partenaires et réduit la durée des conventions de partenariat qui ne peuvent désormais être reconduites qu'expressément[2367].

464. Champ d'application – Les CEP sont conclues avec des lycées classés en REP ou en REP$^+$, en QPV ou en zone de prévention de la violence. L'Institut peut également contracter

[2363] En réponse à l'introduction d'un recours en annulation par l'UNI contre les délibérations du conseil de direction entérinant le dispositif des CEP, Sciences Po a retiré ses délibérations.
[2364] Art. 14, loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 *portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*.
[2365] Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. n° 33 : *CCC*, n° 11, 2001 ; *LPA*, n° 144, 2001, p. 15 com. J. – E. SCHOETTL ; *RFDC*, n° 48, 2001, p. 762 note D. RIBES ; *D.*, n° 24, 2002, p. 1949 obs. D. RIBES.
[2366] TA Paris, 4 juillet 2002, n° 0115922 ; CAA Paris, ch., 6 novembre 2003, n° 02PA02821 : *AJDA*, n° 43, 2003, p. 2281 obs. Y. JEGOUZO ; *AJDA*, n° 6, 2004, p. 343 com. A. LEGRAND.
[2367] A. LEGRAND, « Discrimination positive et accès à Sciences-Po », *AJDA*, n° 6, 2003, p. 343-7 ; SCIENCES PO, Convention d'éducation prioritaire, 2018 (conv. type possession de l'auteur).

avec les établissements qui accueillent parmi leurs lycéens une part d'élèves issus de CSP dites « défavorisées » supérieure de 70 % au moins à la moyenne nationale, ou qui comptent une part de lycéens issus de collèges classés en géographie prioritaire supérieure à 60 %[2368]. À la différence des dispositifs précédents, la différenciation ne repose donc pas directement sur des catégories d'individus, mais sur la géographie prioritaire. En effet, aucune condition sociale ou territoriale n'est exigée des élèves. Le conventionnement avec les lycées se substitue aux critères socioéconomiques pour cibler les participants[2369]. La diversification des recrutements est escomptée à partir de la relation entre les établissements conventionnés et la proportion de lycéens issus de milieux modestes qu'ils accueillent. Cette configuration n'a rien de surprenant dans la mesure où la fracture sociale se double d'une fracture territoriale : la concentration de population dans les mêmes espaces, souvent dégradés physiquement (mauvais état ou agencement inadéquat du cadre bâti) et socialement (marginalité, délinquance, chômage élevé, pauvreté, échec scolaire, isolement, etc.) contribue dans les faits à enfermer dans l'exclusion les individus qui y vivent.

465. Sélection – En l'occurrence, la nature préférentielle du dispositif ne produit véritablement d'effets visibles qu'à compter de la sélection *in situ* des bénéficiaires. Elle est déléguée aux équipes pédagogiques des lycées qui examinent le parcours scolaire des candidats et évaluent leur mérite. Les élèves sélectionnés bénéficient d'une préparation spécifique en première et terminale, destinée à renforcer leur adéquation avec les standards académiques de l'IEP. En offrant aux jeunes de milieux défavorisés un parcours d'accompagnement pédagogique en présentiel et à distance (information sur Sciences Po, journées découvertes sur sites, rencontre avec des professionnels, entrainement à l'expression orale, formation aux méthodes de travail, etc.), le dispositif cherche à réduire l'écart qui peut exister avec des élèves issus de milieux sociaux plus aisés et à renforcer l'aptitude des lycéens à s'insérer dans cette filière. De ce point de vue, le dispositif se rapproche des autres conventions de partenariat à visées propédeutiques.

466. Il s'en éloigne ensuite en ouvrant aux lycéens une voie d'admission réservée pour entrer à l'IEP. La sélection à proprement parler comporte une phase d'admissibilité et d'admission. La nature des épreuves différait de la procédure de droit commun, avant que ces différentes modalités ne soient rapprochées. Jusqu'en 2021, la procédure était entièrement orale pour

[2368] SCIENCES PO, *Convention d'éducation prioritaire*, 2018 (conv. type possession de l'auteur).
[2369] Sur ce choix, v. R. DESCOINGS, *Sciences Po […]*, *op. cit.*, p. 379.

échapper aux biais sélectifs des épreuves écrites anonymes. La sélection sur dossier n'intervenait qu'en dernière étape. Là encore, il s'agissait d'accorder un avantage compensatoire à des lycéens qui passaient le concours dans des conditions moins favorables que leurs pairs. La décision d'admission était conditionnée à l'obtention du baccalauréat dès la fin du premier groupe d'épreuves. Depuis 2021, tous les candidats français comme internationaux, issus de lycées conventionnés ou non, passent les mêmes épreuves d'admission avec des critères d'évaluation identiques[2370]. La procédure est basée sur quatre épreuves indépendantes, communes à tous les candidats tenant à la performance au baccalauréat (ou son équivalent), à la performance académique et la trajectoire du candidat (notes, progression, persévérance, appréciations des professeurs) et à trois exercices écrits personnels rédigés à domicile. Après l'examen du dossier, les candidats qui ont obtenu un total de note égal ou supérieur à une note A, définie souverainement par le jury d'admission après examen des résultats et au vu de la qualité des candidatures, sont soumis à une épreuve d'entretien oral. Cet exercice doit apporter un nouveau regard sur la candidature, les examinateurs n'ayant pas accès au dossier des candidats. Seuls les candidats ayant passé les deux étapes de la procédure d'admission et qui ont obtenu une note d'admission égale ou supérieure à une note B sont déclarés admis. Cependant, si chacune des quatre épreuves pèse un poids égal dans la décision d'admission et est de nature commune à l'ensemble des candidats, la suspension des règles de concurrence qui présidait jusque-là à la sélection des lycéens issus d'établissements conventionnés n'est pas reconsidérée. En effet, les candidatures des élèves de CEP sont suivies et examinées séparément des autres candidats. Ces candidats auront leur propre jury d'admission, leur propre liste d'admission et leur propre liste d'attente[2371]. Malgré l'harmonisation des modalités de sélection, le principe de la voie réservée de sélection ne semble donc pas remis en cause même s'il perd un peu de sa spécificité au regard de l'harmonisation opérée avec la procédure de droit commun.

467. En tout état de cause, l'accès par les CEP ne préjuge en rien de l'obtention du diplôme de bachelor délivré par l'IEP. *In fine*, tous les étudiants, peu importe la voie par laquelle ils ont intégré l'Institut, sont soumis aux mêmes examens en cours de scolarité[2372]. Pour diversifier la composition sociale de sa population estudiantine, Sciences Po mise ainsi sur un

[2370] https://www.sciencespo.fr/admissions/fr/bachelor.
[2371] https://www.sciencespo.fr/admissions/fr/bachelor/bacheliers-lycees-francais/conventions-education-prioritaire.
[2372] Y. BODIN, *Rapport d'information […]*, *op. cit.*, p. 91.

accompagnement « *para-pédagogique* »[2373] et des examens d'entrée parallèles à ceux auxquels sont soumis les autres candidats.

2 – L'essaimage des conventions d'éducation prioritaire

468. Premier essai – Avec l'idée que les CEP fassent des émules, l'article L. 650-1 du Code de l'éducation a autorisé en 2017 les instituts et écoles extérieurs aux universités et les grands établissements proposant des formations sélectives à mettre en œuvre sur la base du volontariat « *des modalités particulières d'admission destinées à assurer un recrutement diversifié des étudiants* »[2374]. Jusqu'alors, la CGE se montrait défavorable au principe d'une admission spécifique articulée autour de critères sociaux ou territoriaux, préférant les approches permettant une plus large ouverture vers les grandes écoles et les filières sélectives, du type PQPM[2375]. Sans les désigner et sans doute pour encourager les établissements accueillant un cursus d'excellence à se saisir de cet outil, les parlementaires avaient repris la formule de l'article L. 621-3 du Code de l'éducation qui autorisait le conseil de direction de l'IEP de Paris à adopter des CEP pour assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second degré.

469. Durcissement – La loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 a abrogé l'article L. 650-1 pour étendre et rendre obligatoire ce dispositif à l'ensemble de l'enseignement supérieur[2376]. Le troisième alinéa de l'article L. 611-1 du Code de l'éducation dispose désormais que « *des modalités particulières d'admission destinées à assurer un recrutement diversifié des étudiants sont mises en œuvre par les établissements dispensant une formation d'enseignement supérieur relevant des différents départements ministériels, à l'exception des établissements assurant la formation des agents publics* […] *Ces modalités, qui visent à assurer une mixité sociale et géographique, sont fixées par les autorités compétentes pour déterminer les modalités d'accès aux formations dans des conditions et selon des objectifs fixés par arrêtés des ministres de tutelle des établissements* ». Par conséquent, l'intégralité de

[2373] A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites et repositionnement organisationnel. Le cas des politiques d'ouverture sociale en France, et d'*outreach* en Angleterre », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n° 7, 2008, p. 155-71, § 13.
[2374] Art. L. 650-1 c. éduc. créé par l'art. 189, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; R. HAMMADI, *Rapport fait au nom de la commission spéciale […]*, *op. cit.*, p. 721.
[2375] C. DARDELET, T. SIBIEUDE, F. HERVIEU-WANE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Le droit au mérite*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 60-1.
[2376] Art. 37, loi n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 *de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur*.

l'enseignement supérieur, à l'exception des établissements mentionnés, est désormais assujettie à une obligation de créer des voies d'accès parallèles[2377]. Le Code prévoit que les objectifs en matière de diversité seront fixés par convention avec l'État. Les autorités ministérielles sont invitées à suivre leur réalisation et à tirer les conséquences de leur non-respect. Concrètement, les établissements conventionnés devront leur rendre compte annuellement des résultats de la diversification de leurs recrutements et l'État les appréciera pour déterminer les engagements, notamment financiers, qu'il prendra à leur égard[2378]. Pour l'heure, ces modalités particulières d'admission sont encore inconnues. À ce stade, il est très probable qu'elles s'inspirent des CEP puisque le législateur a utilisé la formule qu'il avait déjà retenue en 2001. Néanmoins, l'énoncé laisse une place à l'initiative et à l'innovation. Malgré un durcissement, le législateur n'a donc pas renoncé à confier une large marge d'appréciation aux établissements de l'enseignement supérieur pour s'engager par convention avec lui, définir les établissements du secondaire concernés, le volume de places offertes, les modalités de sélection, etc. Il impose la direction à suivre, les moyens et les objectifs étant soumis à négociation et laissés à la responsabilité des établissements. Au demeurant, cette réforme témoigne du chemin parcouru en une vingtaine d'années. D'une procédure d'exception, volontariste et souvent discutée, les CEP pourraient bien être en voie de s'institutionnaliser[2379].

B – Les voies réservées de la fonction publique

470. Plan – Dans l'administration, la seule voie d'accès réservée a longtemps été le PACTE (1). Le chef de l'État vient d'annoncer le lancement de concours « Talents » qui vient s'ajouter à ce dispositif (2).

[2377] Am. n° 214 déposé par le gouvernement au projet de loi Programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030, 1re lecture, n° 52, 51, 32, 40, Sénat, 27 octobre 2020.
[2378] Art. L. 611-1, al. 4 c. éduc. Le même mécanisme est prévu pour les établissements sous contrat.
[2379] V. à l'époque M. LONG, « Discrimination positive à Sciences-Po Paris », *AJDA*, n° 13, 2004, p. 688-94.

1 – Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et de l'État

471. Objet – Le PACTE[2380] a été créé dans le cadre du plan d'urgence pour l'emploi de 2005 et renforcé par la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté de 2017[2381]. Inspiré des recommandations du rapport Versini pour élargir les voies d'accès à la fonction publique, ce contrat de droit public vise à faciliter l'accès à l'emploi et à l'évolution de carrière aux catégories de personnes qui connaissent des difficultés d'insertion professionnelle et sur lesquelles les biais sélectifs des concours d'entrée pèsent lourdement[2382]. Le rapport annexé à l'ordonnance de 2005 justifie la création du PACTE par le fait que le concours « *fondé sur un niveau de diplôme et sur des épreuves souvent trop théoriques se révèle discriminant pour une large part de la population, notamment du fait de phénomènes d'éviction créés par les surdiplômés* »[2383] sur des postes de catégorie C ne nécessitant pas toujours un niveau de qualification élevé. Partant de ce constat, la philosophie de ce contrat est d'offrir à ces personnes une alternative vers la fonction publique, à travers une voie d'accès parallèle à des emplois

---

[2380] E. AUBIN, « Contrats de Pacte : des contrats d'emploi novateurs dans la fonction publique », *Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats publics*, n° 46, 2006, p. 46-9 ; J. BOURDON, « Fonction publique territoriale et plan d'urgence pour l'emploi », *RGCT*, n° 36, 2005, p. 349-58 ; S. BRONDEL, « Un accès dérogatoire à la fonction publique en débat », *AJDA*, n° 2, 2005, p. 60 ; D. JEAN-PIERRE, « Les contrats de Pacte dans la fonction publique : du pré-recrutement à la titularisation », *JCP A*, n° 39, 2005, p. 1454-59 ; J.-P. JOURDAIN, « Le Pacte : un nouveau mode d'accès à la fonction publique pour favoriser l'intégration sociale », *Les cahiers de la fonction publique*, septembre 2004, p. 21-3 ; D. LECAT, *Encyclopédie des collectivités territoriales*, Dalloz, 2014, § 57-72 ; C. MONIOLLE, « Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique (PACTE) », *AJDA*, n° 12, 2006, p. 648-51 ; I. MULLER-QUOY, « Le "PACTE" : une voie contractuelle d'intégration à la fonction publique », *AJFP*, n° 3, 2007, p. 129-32 ; B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, H. RIHAL et *al*., « Chronique de l'administration », *RFAP*, n° 115, 2005, p. 508-10.

[2381] Ord. n° 2005-901 du 2 août 2005 *relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État* ; décr. n° 2005-902 du 2 août 2005 *pris pour l'application de l'article 22 bis de la loi n° 84-16* du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ; décr. n° 2005-904 du 2 août 2005 *pris pour l'application de l'article 38 bis de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* ; décr. n° 2005-900 du 2 août 2005 *pris pour l'application de l'article 32-2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière* ; circ. n° NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 *relative à la mise en œuvre du contrat dénommé PACTE* ; circ. n° n° NOR/MCT/B/05/10016/C du 7 septembre 2005 *relative à la mise en place du volet territorial du parcours d'accès aux carrières de la territoriale de l'hospitalière et de l'État (PACTE)* ; circ. n° NOR : SANH0530400C du 5 octobre 2005 *relative à la mise en œuvre du contrat dénommé PACTE* ; art. 162, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

[2382] D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, 2004, p. 103 ; annexe, 2°, circ. n° NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 *relative à la mise en œuvre […], op. cit.* ; § 2.1, circ. n° NOR/MCT/B/05/10016/C du 7 septembre 2005 *relative à la mise en place […], op. cit* ; DGAFP, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Faits et chiffres*, 2017, p. 18.

[2383] MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État*, 2005, p. 59.

vacants des cadres d'emplois de catégorie C dans les trois versants de la fonction publique[2384] – sous réserve de leur compatibilité avec les cadres d'emplois concernés[2385].

472. Publics et contenu du dispositif – Le PACTE s'adresse aux jeunes âgés de vingt-huit ans au plus qui sont sortis du système éducatif sans diplôme ou sans qualification professionnelle reconnue, ceux dont le niveau de qualification est inférieur à celui attesté par un diplôme de fin de second cycle de l'enseignement général, technologique ou professionnel. Il concerne également les individus en situation de chômage de longue durée ou âgés de quarante-cinq ans et plus et bénéficiaires de minima sociaux. Ces personnes peuvent être recrutées par contrat pour un à deux ans dans des emplois publics sur lesquels elles ont vocation à être titularisées[2386]. De façon classique, ce dispositif associe l'occupation d'un emploi dans l'administration à une formation en alternance devant permettre aux agents d'acquérir une qualification, un titre à finalité professionnelle ou un diplôme en rapport avec l'emploi occupé[2387]. Toutefois, l'intérêt de ce contrat réside moins dans ce volet d'insertion professionnelle que dans la voie d'accès privilégiée à la fonction publique qu'il représente. En effet, le PACTE est un « *contrat de "fonctionnarisation"* »[2388], c'est-à-dire qu'il permet à son bénéficiaire d'être titularisé par l'autorité administrative ayant pouvoir de nomination au terme de son engagement contractuel[2389]. Pour cela, il doit avoir acquis le diplôme ou le titre requis,

---

[2384] Art. 3, art. 4 et art. 5, ord. nº 2005-901 du 2 août 2005 *relative aux conditions […]*, *op. cit.* ; art. 2, décr. nº 2005-902 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; art. 2, décr. nº 2005-904 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; art. 2, décr. nº 2005-900 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; § 1.1.3 et 1.1.4, circ. nº NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 *relative à la mise en œuvre […]*, *op. cit.* V. par ex. arr. nº NOR : TREK1823400A du 25 septembre 2018 *autorisant au titre de l'année 2018 l'ouverture d'un recrutement par voie de PACTE pour l'accès au corps des adjoints administratifs des administrations de l'État au ministère de la transition écologique et solidaire*.

[2385] Le PACTE est incompatible avec le recrutement de policiers municipaux en raison des spécificités liées à leur embauche et leur formation. V. J. –P. AMOUDRY, *Utilisation de l'article 4 de l'ordonnance nº 2005-901 du 2 août 2005 pour le recrutement de policiers municipaux*, Sénat, Question au secrétaire d'État chargé de la Fonction publique, nº 934, 19 juillet 2007.

[2386] Art. 22 bis, loi nº 84-16 du 11 janvier 1984 ; art. 38 bis, loi nº 84-53 du 26 janvier 1984 ; art. 32-2, loi nº 86-33 du 9 janvier 1986 ; art. 3, art. 19 et 20, décr. nº 2005-902 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; art. 19 et 20, décr. nº 2005-904 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; art. 19 et 20, décr. nº 2005-900 2005-900 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; § 1, circ. nº NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 *relative à la mise en œuvre […]*, *op. cit*.

[2387] Art. 22 bis, loi nº 84-16 du 11 janvier 1984 ; art. 38 bis, loi nº 84-53 du 26 janvier 1984 ; art. 32-2, loi nº 86-33 du 9 janvier 1986 ; art. 19 et 20, décr. nº 2005-902 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; art. 19 et 20, décr. nº 2005-904 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; art. 19 et 20, décr. nº 2005-900 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; § 1, circ. nº NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 *relative à la mise en œuvre […]*, *op. cit*.

[2388] E. AUBIN, *Droit de la fonction publique*, Paris, Gualino-Lextenso, 6e éd., 2015, p. 124.

[2389] Art. 22 bis, loi nº 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions […]*, *op. cit* ; art. 38 bis, loi nº 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions […]*, *op. cit* ; art. 32-2, loi nº 86-33 du 9 janvier 1986 *portant dispositions […]*, *op. cit.* ; art. 19 et 20, décr. nº 2005-902 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.*, nº 2005-904 du 2

le cas échéant, pour l'accès au corps correspondant au poste occupé. En outre, il doit avoir été déclaré apte par une commission nommée à l'effet d'évaluer son aptitude à exercer ses fonctions et obtenu un avis favorable de la commission administrative paritaire du corps dans lequel il aspire à être titularisé[2390]. S'il satisfait à ces exigences, l'agent est affecté dans l'emploi qu'il occupait en qualité de titulaire et souscrit à un engagement de servir[2391]. En revanche, conformément au principe d'égal accès aux emplois publics, la titularisation est refusée si l'agent révèle des capacités professionnelles insuffisantes[2392].

473. Dans l'esprit du dispositif, ces contrats doivent être réservés aux cadres d'emplois accessibles par la voie du concours pour ne pas concurrencer les recrutements directs prévus dans d'autres cadres d'emplois[2393]. Sous cette réserve, le PACTE se démarque des autres dispositifs adoptés pour diversifier les voies d'accès à la fonction publique. L'avantage compensatoire est significatif, car il substitue un examen professionnel aux traditionnels concours d'entrée. Le PACTE ne conduit pas seulement le bénéficiaire à occuper un emploi contractuel à durée déterminée, mais bien un emploi permanent sur lequel il a vocation à être titularisé. Lorsqu'elle intervient, la titularisation conduit à l'insérer sous statut dans la fonction publique. La « *fonctionnarisation* »[2394] a donc pour corolaire, au moins théorique, une diversification des profils socioéconomiques des agents. En l'état du droit positif, le PACTE apparaît comme un dispositif de diversification de la fonction publique alternatif au concours de droit commun accordant une forte compensation. De ce point de vue, il est en passe d'être concurrencé par de nouveaux concours expérimentaux.

2 – Les concours « Talents »

474. Position du problème – Le procédé du concours distinct est en train d'être démocratisé pour tenter de diversifier plus largement le spectre social des fonctionnaires. La mission sur la haute fonction publique dirigée par F. Thiriez a proposé en 2020 de créer un concours spécial ouvert aux élèves sortants des classes préparatoires intégrées et représentant 10 à 15 % des

---

août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit*., nº 2005-900 du 2 août 2005 *pris pour l'application […]*, *op. cit.* ; § 1.4.1 et 1.4.2, circ. nº NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 *relative à la mise en œuvre […]*, *op. cit.*

2390 *Ibid.* ; § 1.4.3, circ. nº NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 *relative à la mise en œuvre […]*, *op. cit.*

2391 Sur cette notion, v. L. MARTHINET, « L'engagement de servir dans la fonction publique », *AJDA*, nº 23, 2015, p. 1304-11.

2392 V. sur cette règle Cons. const., 12 septembre 1984, nº 84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, cons. nº 17 : *AJDA*, nº 12, 1984, p. 683 note J. BOULOIS ; *RDP*, nº 2, 1986, p. 395, chron. L. FAVOREU.

2393 § 2.2, circ. nº NOR/MCT/B/05/10016/C du 7 septembre 2005 *relative à la mise en place […]*, *op. cit.*

2394 E. AUBIN, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 124.

postes offerts aux concours[2395]. À l'époque, la ministre de la Transformation de la fonction publique s'était montrée favorable à la création de places réservées aux candidats issus des milieux modestes, et ce, dans tous les concours de la haute fonction publique[2396]. Dans un avis confidentiel du 27 septembre 2018, commandé par le gouvernement de E. Philippe, le Conseil d'État avait proposé d'ouvrir la voie à une procédure de sélection spécifique aux écoles de service public pour les préparationnaires de CPI. La proposition s'inspirait des anciennes modalités du concours des CEP de l'IEP de Paris. Sans prendre la forme d'un concours sur épreuves, la sélection aurait été fondée sur des critères de connaissances académiques et de motivation évalués par le jury du concours externe d'entrée à l'école concernée. Ce jury se serait fondé sur l'ensemble des notes obtenues au cours de la scolarité en CPI, ainsi que sur un entretien de recrutement au cours duquel auraient été appréciés le parcours et le projet professionnel du candidat, dans la limite d'un contingent maximal de places réservées chaque année par école. La procédure aurait repris les garde-fous des CPI à travers des critères sociaux et des conditions de diplôme. À l'époque, la proposition s'était heurtée à l'opposition du ministre de l'Action et des Comptes publics et du secrétaire d'État placé auprès de ce ministère[2397].

475. Consistance – Finalement, le Président de la République a annoncé au début de l'année 2021 la création de six concours distincts, dénommés concours « Talents » en référence à la DDHC. Le ministère de la Fonction publique justifie l'introduction de ces modalités expérimentales par l'« *ambition* […] *de trouver et de former des hauts fonctionnaires qui ressemblent davantage à la diversité sociale et territoriale de notre pays* »[2398]. Ces concours sont ouverts à titre expérimental dès 2021 et jusqu'en 2024[2399]. L'ordonnance favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public, adoptée dans le cadre de la loi de transformation de la fonction publique pour diversifier le profil des agents de catégorie A, reprend partiellement l'idée d'augmenter le nombre de CPI et de créer des concours

---

[2395] F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, Rapport au Premier ministre, 2020, p. 39 et suiv. Dans le même sens et dans des termes beaucoup plus ambigus, Y. SABEG, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport au Président de la République, 2009, p. 51.
[2396] B. FLOC'H, « Amélie de Montchalin : "La haute fonction publique a perdu en diversité sociale" », *Le Monde*, 7 octobre 2020.
[2397] P. LABERRONDO, « Exclusif : l'avis du Conseil d'État qui permettrait un accès spécifique à la fonction publique pour les candidats d'origine modeste », *Acteurs Publics*, 13 octobre 2020.
[2398] https://www.fonction-publique.gouv.fr/score/ecoles-formation/talents-du-service-public (consulté le 21 février 2021).
[2399] Art. 1er ord. nº 2021-238 du 3 mars 2021 *favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public*.

spécifiques proposée par le rapport Thiriez[2400]. Peuvent se présenter à ces seconds concours externes les personnes qui suivent ou ont suivi un cycle de formation préparant à l'un ou plusieurs de ces concours[2401]. Le nombre de places dédiées aux « Talents » est compris entre 10 et 15 % des places offertes aux concours externes[2402]. Cela devrait représenter par exemple 5 places pour le concours de commissaire de police. Elles sont créées en supplément de celles déjà offertes aux concours externes. Les candidats peuvent aussi s'inscrire au concours externe ou assimilé[2403]. Le dispositif est limité à cinq écoles dont l'accès est des plus sélectifs, l'ENA – désormais Institut national du service public (INSP)[2404] –, l'INET, l'EHESP, l'ENSP et l'ENAP[2405]. Sont donc concernés outre le concours de l'INSP, les concours d'administrateur territorial, d'élève directeur d'hôpital ou directeur d'établissement sanitaire, social ou médico-social (D3S), d'élève commissaire de police, d'élève directeur des services pénitentiaires. La suppression de certains corps, leur remplacement par celui des administrateurs d'État et la création de l'INSP ne remet pas en cause le fonctionnement de ce concours[2406]. Les épreuves et le jury seront les mêmes et les listes d'admissibilité et d'admission seront publiées sans distinguer la voie choisie[2407]. Ce dispositif doit s'appliquer dès les sessions organisées en 2021 pour l'accès aux écoles de service public concernées. Les cycles de formation permettant de se présenter à ces seconds concours externes sont accessibles au regard de critères sociaux et à l'issue d'une procédure de sélection[2408]. Les candidats doivent présenter les conditions requises pour se présenter aux concours externes et avoir les conditions de ressources fixées pour bénéficier d'une bourse d'enseignement supérieur sur critères sociaux[2409]. La sélection tient compte de la qualité des parcours de formation antérieurs, des aptitudes et de la motivation des

---

[2400] Art. 59, 2° loi n° 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique*.
[2401] Art. 1er ord. n° 2021-238 du 3 mars 2021 *favorisant l'égalité des chances […], op.cit.* ; art. 4 et 25 décr. n° 2021-239 du 3 mars 2021 *instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles de formation y préparant* ; arr. n° NOR : TFPF2109360A du 24 mars 2021 *fixant la liste des préparations ouvrant droit à l'inscription aux concours externes spéciaux d'accès à certaines écoles de service public prévue à l'article 25 du décret n° 2021-239 du 3 mars 2021 instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles de formation y préparant.*
[2402] Art. 3 ord. n° 2021-238 du 3 mars 2021 *favorisant l'égalité des chances […], op.cit.*
[2403] Art. 5 décr. n° 2021-239 du 3 mars 2021 *instituant des modalités d'accès […], op. cit.*
[2404] Décr. n° 2021-1556 du 1er décembre 2021 *relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Institut national du service public.*
[2405] Art. 4 ord. n° 2021-238 du 3 mars 2021 *favorisant l'égalité des chances […], op.cit.*
[2406] Art. 5 ord. n° 2021-702 du 2 juin 2021 *portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État* : *AJDA*, n° 20, 2021, p. 1116 obs. M. –C. DE MONTECLERC ; *JCP A*, n° 23, 2021, p. 4 obs. H. PAULIAT ; décr. n° 2021-1556 du 1er décembre 2021 *relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Institut national du service public.*
[2407] Art. 3 ord. n° 2021-238 du 3 mars 2021 *favorisant l'égalité des chances […], op.cit.* ; art. 5 décr. n° 2021-239 du 3 mars 2021 *instituant des modalités d'accès […], op. cit.*
[2408] Art. 1er *ibid.* ; art. 4 et 25 *ibid.*
[2409] Art. 2 *ibid.* ; art. 1er *ibid.*

candidats. Elle comprend l'examen des dossiers et un entretien. À l'issue de la sélection, si des candidats sont placés à égalité priorité est donnée, le cas échéant, aux candidats qui résident ou ont obtenu leur baccalauréat ou tout diplôme de niveau supérieur dans un QPV, une ZRR ou dans une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution[2410]. Ces classes « Talents » du service public sont intégrées à des universités, IEP, IPAG ou CPAG[2411]. Un rapport sera remis au Parlement sur l'évaluation de la mise en œuvre des concours externes spéciaux et des cycles de formation[2412]. Comparés au précédent du PACTE, les concours « Talents » se singularisent par leur automatisme qui se substitue à la volonté des responsables administratifs de recruter par contrat de PACTE. L'avenir dira si cette expérimentation sera pérennisée ou si le PACTE est appelé à rester la seule voie compensatoire distincte dans la fonction publique.

[2410] Art. 2 *ibid.* ; art. 2 *ibid*.
[2411] Art 3 décr. n° 2021-239 du 3 mars 2021 *instituant des modalités d'accès […], op. cit.* ; art. 25 arr. n° NOR : TFPF2109360A du 24 mars 2021 *fixant la liste des préparations […], op. cit.* ; arr. n° NOR : TFPF2112332A du 16 avril 2021 *modifiant l'arr. du 24 mars 2021 fixant la liste des préparations ouvrant droit à l'inscription aux concours externes spéciaux d'accès à certaines écoles de service public prévue à l'art. 25 du décret n° 2021-239 du 3 mars 2021 instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles de formation y préparant*.
[2412] Art. 5 ord. n° 2021-238 du 3 mars 2021 *favorisant l'égalité des chances […], op.cit.* ; art. 24 décr. n° 2021-239 du 3 mars 2021 *instituant des modalités d'accès […], op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

476. Le paradigme de la diversité inspire un large appareillage reposant sur la différenciation juridique pour répondre au problème des inégalités socioéconomiques. À la faveur de cette matrice, les pouvoirs publics et les autres acteurs cherchent à démocratiser l'emploi et les filières d'excellence de l'enseignement supérieur. Les mécanismes institués ont pour point commun de s'appuyer sur une action de « *différenciation juridicisée* »[2413] qui emprunte trois supports : le contrat, la loi et le règlement. Dans tous les cas, ces mesures s'adressent aux catégories de la population les plus fragiles déterminées par un agrégat variable de critères socioéconomiques, notamment les revenus, le lieu de résidence, les qualifications, la situation d'emploi ou l'âge. Ces dispositifs ont pour objet de compenser les difficultés d'insertion professionnelle et de poursuite d'études supérieures que connaissent ces personnes. Ils prennent des déclinaisons aussi nombreuses que variées selon qu'ils consistent en un simple aménagement des règles de concurrences entre les individus ou au contraire en une suspension de ces règles. Parmi la première catégorie, les dispositifs d'*outreach* et les mesures propédeutiques visent à aller vers les publics en difficultés, au besoin au moyen de ressources supplémentaires pour compenser les handicaps qui les affectent et favoriser ainsi leurs chances de réussite. Avec la suspension des règles de concurrences, le degré de compensation est plus important, puisque les bénéficiaires ont un accès privilégié aux biens considérés. Ils s'échelonnent autour de mécanismes transitoires d'insertion dans l'emploi public et de voies alternatives aux concours de droit commun dans la fonction publique et des grandes écoles. Leur création par le législateur semble en partie s'expliquer par le caractère régalien de ces domaines et s'inscrire à la croisée de l'État providence et de l'État régulateur. En effet, quelle que soit la configuration, le fonctionnement de ces dispositifs compensatoires offre souvent un degré d'autonomie important à leurs maîtres d'œuvre. *A contrario*, les nouveaux concours « Talents » ou les dispositifs instaurés par la loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 signalent une reprise en main du problème au plus haut niveau de l'État sur des mécanismes accordant beaucoup de place au volontarisme dans les administrations et les établissements de l'enseignement supérieur. Dans ces conditions, l'intervention du législateur invite à mener une réflexion sur la portée de la compensation.

[2413] G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 79.

CHAPITRE 2
LA PORTEE DE LA COMPENSATION

477. Position du problème – Plan – Les traitements différenciés de nature compensatoire que connaissent les secteurs de l'emploi et de l'enseignement supérieur pour diversifier leurs recrutements recèlent un certain nombre d'implications qui peuvent être soulignées. En dépit de son importance dans l'ordre juridique, l'égalité est traditionnellement envisagée comme une exigence formelle d'égalité de traitement. Si les mêmes droits sont reconnus à tous les hommes, au sens d'êtres humains, alors ces hommes seront égaux ; il s'agit là du « *seul impératif d'égalité qui incombe à l'État* »[2414]. Il ne lui appartient donc pas, en principe, d'agir pour résorber les inégalités de fait, de même que ses démembrements et des acteurs privés. Dans ce domaine, le rôle de la puissance publique se cantonne à assurer que toutes les voies sont ouvertes aux individus, sans s'immiscer dans leurs trajectoires individuelles. L'égalité des chances a modifié cette conception. Si le ciblage de certaines catégories d'individus par des mesures d'assistance n'est pas récent, il est longtemps resté résiduel. Au contraire, les normes relatives à la diversité tendent à refléter une réalité juridique dans laquelle la catégorisation préférentielle est désormais abondante. Une telle sélection dans un système où l'égalité tient un « *rôle architectonique* »[2415] peut interroger, en particulier dans les domaines comme l'emploi public ou les filières d'excellence où ce principe exerce traditionnellement une force importante. En donnant plus à ceux qui ont le moins à partir des réalités sociales pour agir sur celles-ci, la logique compensatoire introduit une particularisation de la réponse juridique qu'il convient de resituer dans l'ordre juridique (Section 1). Une fois cette réponse agencée au système juridique, le problème de ses effets se pose sur un plan pratique (Section 2).

[2414] M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail,* Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018, p. 39.
[2415] F. DUPIN, « Entretien avec Gwénaële Calvès », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012, p. 11.

SECTION 1 – LA PARTICULARISATION DE LA REPONSE JURIDIQUE

478. Position du problème – Plan – L'appareillage juridique du paradigme de la diversité est caractérisé par une particularisation de la réponse juridique en rupture avec la conception universelle de la norme, particulièrement visible dans l'emploi public et l'enseignement supérieur d'excellence. L'individu n'est plus « *une figure décontextualisée* »[2416] appréhendée de manière formelle et abstraite, mais une personne jeune ou de plus de 45 ans, avec de faibles revenus, résidant ou étudiant dans un territoire de la géographie prioritaire, éventuellement demandeuse d'emploi, etc. Les citoyens ne sont plus strictement égaux en droits dans la mesure où chacun ne jouira pas forcément des mêmes droits que son homologue. Certains pourront profiter d'un conventionnement particulier avec une entreprise pour y effectuer une alternance, intégrer une classe préparatoire « Talents », d'autres suivre une CEP, alors que d'autres encore n'auront aucune prétention à faire valoir pour bénéficier de ces dispositifs. Si cette différenciation est rendue possible par une lecture libérale des principes de l'ordre juridique (§ 1), elle ouvre aussi sur une recomposition de certains d'entre eux (§ 2).

§ 1 – Une lecture libérale des principes de l'ordre juridique

479. Plan – Les traitements juridiques différenciés de nature compensatoire employés pour diversifier le profil des individus se conçoivent à l'aune d'une approche modernisée des principes constitutionnels (A). Ils semblent aussi profiter de la marge de manœuvre laissée par le principe de non-discrimination (B).

A – L'approche modernisée des principes constitutionnels

480. Plan – Si le cadre constitutionnel laisse une grande latitude aux pouvoirs publics et aux autres acteurs pour adopter des dispositifs différenciés de diversification (1), ils ne peuvent s'affranchir des bornes posées par la Constitution (2).

[2416] F. CONSTANT, *La citoyenneté*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 36.

1 – La latitude du cadre constitutionnel

481. Plan – Dans sa fonction de modèle, le paradigme de la diversité est souvent justifié par la nécessité de procéder à un « *renouvellement du "pacte républicain"* »[2417]. Cette actualisation politique du principe d'égalité (a) a pour corollaire une application juridique dynamique de ce dernier (b).

a – Une actualisation politique

482. Un discours – La diversification sociale des grandes écoles et de l'administration est perçue comme une actualisation du souhait supposé originel de faire concorder la méritocratie républicaine avec la démocratisation de l'administration, qu'exprimerait en particulier l'article 6 de la DDHC de 1789[2418]. Toute une série de discours fait référence à ce principe et aux valeurs républicaines auxquelles il est associé pour justifier l'introduction de mesures préférentielles dans le but de « *faire coïncider l'égalité en droits et le respect de la diversité en fait* »[2419]. Ainsi, pour le conseiller d'État O. Rousselle, auteur d'un rapport au Premier ministre sur les écoles de service public et la diversité, « *l'attachement le plus rigoureux aux principes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 invite nécessairement à réfléchir à la diversité* »[2420]. Dans le même sens, une convention conclue entre le réseau des écoles de service public et la conférence des directeurs des CPAG affirme que « *l'ouverture de la fonction publique sur la société en termes de mixité sociale prolonge le principe d'égal accès de tout citoyen à l'emploi public, principe affirmé dès la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en son article 6* »[2421]. Le dispositif « Talents du service public » a d'ailleurs été nommé ainsi en référence à l'article 6 de la DDHC[2422]. Dans le même ordre d'idées, le gouvernement a justifié l'introduction de dispositifs assurant un recrutement diversifié dans l'enseignement supérieur au nom du principe d'égalité. Il a affirmé que « *c'est une promesse de la République de permettre à tout enfant d'avoir la possibilité d'accéder à toutes les filières d'enseignement,*

[2417] J. FIALAIRE, « Fonctions publiques et finalités de l'État » *in* J. –C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Paris, Dalloz, 2014, p. 322.
[2418] R. SENAC, « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néoliberale », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 166.
[2419] M. GUYOMAR, « Édito », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 1.
[2420] O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier ministre, 2017, p. 7.
[2421] Al. 2 préambule, RESEAU DES ECOLES DE SERVICE PUBLIC, CONFERENCE NATIONALE DES DIRECTEURS D'INSTITUTS ET DE CENTRES DE PREPARATION A L'ADMINISTRATION GENERALE, *Convention cadre*, 15 novembre 2015 (document en possession de l'auteur).
[2422] MINISTERE DE LA TRANSFORMATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUES, *Talents du service public*, 2021, not. p. 3 et 7.

y compris celles qui sont considérées comme les plus prestigieuses »[2423]. La déclaration semble puiser sa substance dans le treizième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « *la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction* »[2424]. De façon plus évasive, l'idée que les mesures portant sur la diversité sont l'expression du principe d'égalité se rencontre aussi dans les relations de travail privées. Même si la référence à l'article 6 de la DDHC y est moins appropriée, la valeur méritocratique qu'il sous-tend y est très présente, notamment pour justifier les dispositifs d'*outreach*[2425].

483. La genèse – Cependant, la concordance entre la méritocratie républicaine et la démocratisation sociale n'a pas toujours eu l'acception qui lui est prêtée aujourd'hui à travers ces discours. Elle apparaît même très éloignée de la communication actuelle selon laquelle « *la fonction publique est une émanation de la Nation et se doit d'être le reflet de ses composantes donc de sa diversité* »[2426]. La valeur méritocratique puise ses racines dans la conception de l'égale admissibilité aux emplois publics que connaît la fonction publique. Cette organisation a ensuite inspiré l'accès à d'autres domaines, comme les grandes écoles, qui, à leur création, avaient essentiellement vocation à former des serviteurs de l'État. En 1789, les assemblées révolutionnaires ont opéré la jonction d'un idéal méritocratique avec l'axiologie de l'égalité, en réaction à l'Ancien Régime. Elles ont d'abord fait référence au « *droit d'être appelé à tout emploi public* »[2427], puis à la formule selon laquelle tous les citoyens « *sont susceptibles de toutes les places, de tous les emplois publics* »[2428], avant que ne soit entérinée la version définitive qui énonce que « *tous les citoyens* […] *sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». L'énoncé du préambule de la Constitution de 1946, qui « *garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques* », inspire l'expression synonyme de « *l'égal accès* » que

[2423] Am. n° 214 déposé par le gouvernement au projet de loi Programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030, 1re lecture, n° 52, 51, 32, 40, Sénat, 27 octobre 2020.
[2424] Sur le droit à l'éducation, v. T. BOMPARD, *Le droit à l'éducation. L'émergence d'un discours dans le contexte des laïcités françaises*, Grenoble, Thèse de doctorat en droit, Université Grenoble Alpes, 2017.
[2425] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 269 ; A. DJABI, *Le Label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation*, AFMD, 2011, p. 13. Pour un ex. de ces représentations méritocratiques, v. M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 79-81.
[2426] O. ROUSSELLE, P. PANNIER, « La fonction publique doit s'ouvrir à une plus grande diversité de profils et de compétences », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 11.
[2427] F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *RFAP*, n° 142, 2012, p. 340.
[2428] *Ibid.*

connaît la jurisprudence administrative et constitutionnelle de l'après-guerre[2429]. Aux yeux des assemblées révolutionnaires, les différences de capacités, vertus et talents étaient acceptables, car elles relèvent de ce que l'individu fait. En revanche, toute différenciation qui n'était pas fondée sur les qualités naturelles ou l'activité des personnes était perçue comme un privilège violant le principe d'égalité[2430]. Néanmoins, le triptyque de l'article 6 ne recouvrait pas la valeur méritocratique qui lui est donnée aujourd'hui. Pendant plus des deux premiers tiers du XIX^e^ siècle, le principe de l'égale admissibilité à la fonction publique n'a eu d'autres vocations que de maintenir la suppression de la vénalité des offices et l'hérédité des charges publiques[2431].

484. À l'exception de la très courte parenthèse du procédé de l'élection jusqu'en 1795, les inégalités de fait se sont substituées aux inégalités en droit que connaissait l'Ancien Régime. Le concours gagne lentement ses lettres de noblesse à partir du XIX^e^ siècle, mais il le fait davantage comme l'assurance d'une qualité du recrutement pour l'administration que comme une garantie de l'égalité de traitement entre les candidats et donc d'un système méritocratique[2432]. L'idée selon laquelle ce mode de recrutement concrétise le principe de l'égal accès aux emplois publics a mis près d'un siècle à s'imposer. Jusque-là, égalité et concours étaient déconnectés, la première n'impliquant pas la seconde[2433]. Ce n'est qu'à partir du XX^e^ siècle que le principe d'égal accès est assorti de garanties législatives et juridictionnelles interdisant par exemple de prendre en compte les opinions politiques d'un candidat ou de considérer sa religion ou son âge[2434]. C'est au titre de ces garanties également que le Conseil d'État affirme le caractère de principe général du droit de l'égale admissibilité aux emplois publics, avant d'en consacrer la source constitutionnelle[2435]. Historiquement, l'article 6 a donc plutôt favorisé les personnes en fonction de leur capital économique et social, hérité de la fortune et de la naissance[2436]. De nos jours, le concours académique défavorise tous ceux dont la capacité est susceptible de s'exprimer autrement[2437]. L'axiologie de l'égalité qui structure le procédé du concours – dans la fonction publique, mais aussi pour l'accès aux filières

---

[2429] V. par ex. CE, ass., 28 mai 1954, n° 28238, *Barel* ; Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, cons. n° 5 : *AJDA*, n° 5, 1983, p. 312 com. P. – M. GAUDEMET ; *Pouvoirs*, n° 26, 1983, p. 1980 chron. P. AVRIL, J. GICQUEL ; *RDP*, n° 2, 1983, p. 333 com. L. FAVOREU.
[2430] F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *op. cit.*, p. 345.
[2431] *Ibid*.
[2432] *Ibid*., p. 349.
[2433] *Ibid*., p. 348.
[2434] *Ibid*., p. 351 et suiv. Respectivement, CE, ass., 28 mai 1954, n° 28238, *Barel* ; CE, ssr., 10 avril 2009, n° 311888, *El Haddioui* ; CE, ssr., 24 janvier 2011, n° 308753. *Mme Constanty*.
[2435] CE, ass., 28 mai 1954, n° 28238, *Barel* ; CE, ass., 16 décembre 1988, n° 77713, *Bleton et autres*.
[2436] F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *op. cit.*, p. 346.
[2437] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 172.

d'excellence de l'enseignement supérieur et bien avant, à l'école – aboutit à admettre les inégalités produites par les disparités socioéconomiques. Le concours diverge donc radicalement d'une conception matérielle de l'égalité[2438]. Sous cet éclairage, la philosophie des normes compensatoires relatives à la diversité, qui est de donner un nouveau souffle à la dialectique de la méritocratie et de l'égalité, est plus limpide. Encore fallait-il que le principe d'égalité ne s'y oppose pas, en particulier pour celles de ces normes qui sont les plus différencialistes.

b – Une application dynamique

485. Consistance – Pour diversifier leurs effectifs, l'administration et les grandes écoles s'appuient sur une conception dynamique du principe d'égalité[2439]. À cet égard, des auteurs ont parlé de « *discrimination positive à la française* »[2440] ou de conception « *faible* »[2441] des discriminations positives pour désigner les dispositifs redistributifs visant à réduire des écarts socioéconomiques[2442]. En 1974, le Conseil d'État a explicitement affirmé que le principe d'égalité pouvait s'accommoder d'une différence de traitement[2443]. Le Conseil constitutionnel l'a suivi cinq ans plus tard dans cette interprétation du principe d'égalité[2444]. Le juge constitutionnel admet aujourd'hui de manière classique que « *le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées dès lors que les différences de traitement qui en résultent répondent à des fins*

[2438] *Ibid.*
[2439] Sur les logiques de l'égalité, v. O. JOUANJAN, « Logiques de l'égalité », *Titre VII*, n° 4, 2020.
[2440] Par ex. Y. JEGOUZO, « Émergence et limites d'un droit de la discrimination positive », *AJDA*, n° 43, 2003, p. 2281.
[2441] F. DUPIN, « Entretien avec Gwénaële Calvès », *op. cit.*, p. 21.
[2442] V. par ex. CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public, 1997, p. 83 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, p. 229 ; O. JOUANJAN, « Égalité » *in* D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaires de la culture juridique*, Paris, Lamy, PUF, 2003, p. 588 ; S. VEIL, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, 2008, p. 52-64 ; M. SWEENEY, *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010, p. 640.
[2443] CE, sect., 10 mai 1974, n° 88032 et 88148, *Denoyez et Chorques*.
[2444] Cons. const., 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, cons. n° 4.

d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier »[2445]. Au visa du treizième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, il a par exemple autorisé le législateur à déroger à la sélection à l'entrée d'un grand établissement, en l'occurrence l'IEP de Paris, pour permettre la diversification de l'accès à ces formations[2446]. Dans l'administration, cette jurisprudence doit être lue à l'aune du « *principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics* [qui] *impose qu'il ne soit tenu compte, pour le recrutement à ces emplois, que de la capacité, des vertus et des talents* »[2447]. Autour d'un socle de principes communs, Conseil constitutionnel et Conseil d'État ont autorisé le développement de tout un espace de variabilité dans l'organisation, le déroulement et les effets des recrutements. À ce titre, l'article 6 de la DDHC ne fait pas obstacle à ce que le législateur prévoie des hypothèses de recrutement en dehors du concours, ainsi qu'en attestent les nombreuses dérogations à cette modalité de recrutement prévues par la loi[2448]. Il lui est loisible de différencier les règles pour la sélection dans un même corps, dès lors que l'article 6 de la Déclaration de 1789 « *ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats* […] *soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public* »[2449]. La décision *Billiemaz* du Conseil d'État va dans le même sens. Il y est affirmé que « *si le principe d'égalité impose que, dans les concours d'accès aux emplois publics, il ne soit tenu compte que des mérites des candidats, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités de ceux-ci à l'entrée dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir*

[2445] Cons. const., 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, cons. n° 3 : *AJDA*, n° 2, 2013, p. 119 note F. MELLERAY.

[2446] Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. n° 33.

[2447] Cons. const., 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, cons. n° 4.

[2448] Art. 16, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors*. Les fonctionnaires peuvent être recrutés sans concours en application de la législation sur les emplois réservés (art. L. 241-1 à L. 244-1 et R. 242-1 à R. 244-1 du c. des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre) ; lors de la constitution initiale d'un corps (art. 22, b, loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ; art. 38, b, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* ; art. 32, b, loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière*) ; pour l'autorisation de principe du recrutement sans concours de fonctionnaires de catégorie C (art. 22, b, loi n° 84-16, *op. cit.* ; art. 38, d, loi n° 84-53, *op. cit.* ; art. 32, c, loi n° 86-33, *op. cit.*) ; par contrat préalable à la titularisation ouvert aux personnes handicapées (art. 27, II, loi n° 84-16, *op. cit.* ; art. 35, loi n° 84-53, *op. cit.* ; art. 27, loi n° 86-33, *op. cit.*) ; pour la titularisation de certains agents non-titulaires (art. 73 et suiv., loi n° 84-16, *op. cit.* ; art. 126 et suiv., loi n° 84-53, *op. cit.* ; art. 117 et suiv., loi n° 86-33, *op. cit.*).

[2449] Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, cons. n° 5 (création d'une « troisième voie d'accès à l'ENA). V. aussi Cons. const., 12 septembre 1984, n° 84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, cons. 17 ; Cons. const., 16 janvier 1986, n° 85-204 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*.

compte de la variété des situations, et en particulier des études suivies ou des expériences professionnelles antérieures, ainsi que des besoins du service public »[2450]. Par suite, l'appréciation de cette exigence n'est pas conditionnée à la détention d'un diplôme[2451] et aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit le recrutement d'agents par des concours différenciés[2452] ou sans concours[2453]. Le Conseil d'État a même jugé que la création de régimes distincts d'accès à un corps pour tenir compte de la diversité de la formation et des expériences des candidats allait dans l'intérêt du service[2454].

486. Sous ce rapport, loin de bouleverser l'économie générale du principe d'égalité et des concours, les normes différenciées adoptées pour diversifier le spectre social de l'administration ou des filières d'excellence s'inscrivent dans une conception dynamique de l'égalité. Le choix d'instaurer des formules propédeutiques ou des voies de professionnalisation est une innovation qui s'inscrit davantage dans une forme de résilience des concours que d'une remise en cause[2455]. D'ailleurs, les concours « Talents » font primer une acception classique du mérite à travers l'attention portée aux aptitudes intellectuelles des candidats. Qu'à cela ne tienne, le procédé du recrutement distinct a déjà été admis par le Conseil constitutionnel, de manière expresse pour les CEP et de façon tacite pour le PACTE[2456]. L'avis du Conseil d'État rendu le 27 septembre 2018 qui a servi de fondement aux futurs concours « Talents » éclaire cette conception libérale du principe d'égalité. Pour considérer que la création d'une voie de recrutement particulière d'accès aux écoles de service public ne méconnait pas le principe d'égal accès aux emplois publics, les Sages du Palais-Royal s'appuient sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment la création d'une troisième voie d'accès à l'ENA et la priorité de recrutement des

---

[2450] CE, ass., 12 décembre 2003, n° 245607, *Billiemaz et a.* : *JCP A*, n° 6, 2004, p. 154 note D. JEAN-PIERRE.

[2451] Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178 DC, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, cons. n° 10 et 12.

[2452] Cons. const., 21 février 1992, n° 92-305 DC, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. n° 36-7 ; Cons. const., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, cons. n° 39-45.

[2453] Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178 DC, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie* ; CE, sect., 8 mars 2013, n° 355788, *Syndicat des cadres de la fonction publique*, cons. n° 5 : *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, n° 5, 2013, p. 345 concl. E. CREPEY ; *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, n° 5, 2013, p. 355 obs. L. JANICOT ; *DA*, n° 6, 2013, p. 40 note G. EVEILLARD ; *RLCT*, n° 90, 2013, p. 31 com. M. TOUZEIL-DIVINA.

[2454] CE, ass., 12 décembre 2003, n° 245607, *Billiemaz et a.*

[2455] J. –M. EYMERI-DOUZANS, « Les concours à l'épreuve », *RFAP*, n° 142, 2012, p. 319.

[2456] Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. n° 33 ; Cons. const., 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté.*

étudiants boursiers parmi les assistants d'éducation[2457]. Ils commencent par observer que les politiques de démocratisation sociale dans l'administration n'ont pas produit de résultats satisfaisants. Ils soulignent notamment que les CPI peinent à dépasser le phénomène d'autocensure et plafonnent à un niveau insuffisant de connaissances pour des concours externes très exigeants et très académiques. Partant de ce constat, les conseillers du gouvernement en déduisent que « *de tels éléments sont de nature à matérialiser l'existence d'une différence de situation pour l'accès aux emplois publics en général, y compris ceux auxquels donnent accès les écoles de service public ayant mis en place des classes préparatoires intégrées, entre, d'une part, les personnes originaires des quartiers prioritaires pour la politique de la ville ou des zones de revitalisation rurale et dont le niveau de ressources les qualifie pour accéder à une classe préparatoire intégrée et, d'autre part, l'ensemble des autres candidats aux emplois publics* »[2458]. Ils en concluent qu'« *il existe un motif d'intérêt général justifiant d'explorer des voies nouvelles pour remédier à cette différence de situation* »[2459]. Pour le Conseil d'État, cette disparité « *justifie que ces personnes puissent bénéficier d'un traitement différent* »[2460], à la fois pour leur garantir le droit d'accès proclamé à l'article 6 de la DDHC, mais aussi « *dans l'intérêt même de la fonction publique, pour lui permettre, grâce à une plus grande diversité des origines professionnelles, sociales et géographiques des agents publics, à compétences égales, de répondre encore mieux aux besoins du service public* »[2461]. Reste que cette voie doit demeurer minoritaire pour le juge. La fixation annuelle du nombre de places offertes doit tenir compte de celles ouvertes au concours externe d'accès à l'école et du nombre d'élèves de la CPI susceptibles d'en bénéficier précise l'avis, afin, d'une part, de garantir que seuls les candidats ayant les aptitudes requises seront recrutés et, d'autre part, que le concours reste le mode de recrutement très majoritaire. Dans cette configuration, la concrétisation du modèle de la diversité dans l'emploi public suppose de dépasser l'égalité formelle par des normes différenciées. Néanmoins, ces normes ne peuvent aller au-delà des bornes fixées par le cadre constitutionnel.

[2457] Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires* ; Cons. const., 24 avril 2004, n° 2003-471 DC, *Loi relative aux assistants d'éducation*.
[2458] P. LABERRONDO, « Exclusif : l'avis du Conseil d'État qui permettrait un accès spécifique à la fonction publique pour les candidats d'origine modeste », *Acteurs Publics*, 13 octobre 2020.
[2459] *Ibid.*
[2460] *Ibid.*
[2461] *Ibid.*

2 – Les bornes du cadre constitutionnel

487. Plan – En dépit de ce cadre constitutionnel accommodant (a), il subsiste des ambiguïtés sur la portée des critères de différenciation (b).

a – Les bornes traditionnelles

488. Consistance – Les motifs d'intérêt général présidant à une différence de traitement ne sauraient se déployer en dehors des limites traditionnelles inhérentes au principe d'égalité et ce quel que soit le secteur concerné. Comme l'écrit A. Zarca, « *toute la question* […] *tient à l'équilibre qu'il convient de trouver entre* [cet] *objectif* […] *au bénéfice des catégories insuffisamment représentées et le maintien de l'égalité formelle des chances qui conditionne la reconnaissance des talents individuels, ce à quoi la tradition libérale de l'égalité interdit de déroger et que traduit au plus haut point l'exigence constitutionnelle d'égale admissibilité aux emplois publics sans autres distinctions que les vertus et les talents* »[2462], ainsi que l'exigence de « *critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction* »[2463]. En imposant ces conditions, le juge fixe un cadre à la différenciation instaurée par les normes portant sur la diversité. D'abord, cela signifie que le principe d'égalité n'impose jamais au législateur ou au pouvoir réglementaire de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. La différence de traitement « *n'est qu'une possibilité, une option que peuvent ou non lever les autorités publiques* »[2464] comme l'ont tour à tour rappelé le juge administratif et le juge constitutionnel[2465]. Ensuite, il commande que pour l'accès aux emplois publics ne soient pris en compte que la capacité, les vertus et les talents des candidats[2466]. Cette approche capacitaire implique que seules ces exigences sont appréciées pour intégrer un emploi public, ce qui est appelé aujourd'hui plus volontiers les aptitudes et les qualifications[2467]. Ainsi, les dispositifs qui consistent à définir un vivier de candidats prioritaires pour accéder aux emplois publics parmi les anciens agents civils d'un ministère, les salariés

[2462] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, *op. cit.*, p. 33.
[2463] Cons. const., 11 juillet 2001, nº 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. nº 33 ; TA de Paris, 4 juillet 2002, nº 0115922 ; CAA de Paris, 6 novembre 2003, nº 02PA02821.
[2464] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *LRDH*, nº 9, 2016, § 8.
[2465] CE, sect., 28 mars 1997, nº 179049, *Société Baxter* ; Cons. const., 29 décembre 2003, nº 2003-489 DC, *Loi de finances pour 2004*, cons. nº 37.
[2466] V. par ex. Cons. const., 14 janvier 1983, nº 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires* ; Cons. const., 16 janvier 1986, nº 85-204 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social* ; Cons. const., 24 octobre 2012, nº 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*.
[2467] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique et de la haute fonction publique », *Titre VII*, nº 4, 2020, p. 27.

d'une entreprise déterminée ou les diplômés de l'ENS sont inconstitutionnels, car ils ne sont pas fondés sur l'aptitude desdits candidats[2468]. De même, si le législateur peut instituer une priorité de recrutement parmi les étudiants boursiers pour des contrats d'assistants d'éducation, cette préférence ne doit jouer qu'à aptitudes égales avec les autres candidats[2469]. À plus forte raison, le gouvernement ne peut se dispenser de respecter les règles de l'article 6, même lorsque le statut particulier de certains corps de la fonction publique lui laisse une très large liberté de nomination des fonctionnaires relevant de ce corps[2470].

489. Souplesse du cadre constitutionnel : illustration avec le PACTE – Dans ces conditions, une partie de la doctrine s'est longuement interrogée sur la conformité de l'échec scolaire du PACTE au regard du principe d'égale admissibilité aux emplois publics[2471]. Cette règle étant « *l'une des plus intangibles* »[2472] pour ce qui est de l'appréciation de l'aptitude du candidat à exercer un emploi public, la question méritait d'être posée. Au regard d'une jurisprudence aussi dense que complexe, il apparaît que l'exigence de la capacité, des vertus et des talents est susceptible de s'appliquer indifféremment à des agents titulaires[2473], à des agents contractuels de droit public[2474] et à des agents contractuels de droit privé par détermination de la loi[2475]. Elle peut jouer que le service auquel ils apportent leur concours soit de nature

---

[2468] CE, ssr., 10 janvier 1986, n° 62161, *Fédération nationale des travailleurs de l'État CGT* (priorité d'embauche pour les anciens ouvriers et agents civils du ministère de la défense licenciés) ; CE, ssr., 14 mars 1986, n° 52 793, *Syndicat national des directeurs d'écoles de pédicurie-podologie* (bonification de points au concours sur critères sociaux) ; CE, ssr., 14 février 1990, n° 104275, *Fédération syndicaliste Force Ouvrière de la défense, des industries de l'armement et secteurs assimilés* (priorité d'embauche aux salariés d'une entreprise déterminée) ; CE, ass., 21 décembre 1990, n° 72834 et 72897, *Amicale des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud et autres et Association des anciens élèves de l'École nationale d'administration* (création d'un concours d'accès à l'ENA réservé aux anciens élèves de l'ENS).

[2469] Cons. const., 24 avril 2004, n° 2003-471 DC, *Loi relative aux assistants d'éducation*, cons. n° 10.

[2470] CE, ssr., 2 mars 1988, n° 61534, *Blet et Sabiani*.

[2471] D. JEAN-PIERRE, « Les contrats de Pacte dans la fonction publique : du pré-recrutement à la titularisation », *JCP A*, n° 39, 2005, p. 1454-59 ; F. MELLERAY, « On instaure une discrimination positive valorisant l'échec », *AJDA*, n° 2, 2005, p. 60 ; F. MELLERAY, « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP*, n° 1, 2006, p. 197-199 ; E. MARC, « L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de fonction publique territoriale », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, 2007, p. 47-53, § 19.

[2472] É. CREPEY, « A quelles conditions le maintien des contrats de travail, en cas de reprise d'une entité de droit privé par un service public administratif, ne méconnaît-il pas le principe d'égal accès aux emplois publics ? », *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, n° 5, 2013, p. 350.

[2473] Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-94 QPC, *M. Robert C.*, cons. n° 4.

[2474] Cons. const., 24 avril 2004, n° 2003-471 DC, *Loi relative aux assistants d'éducation*, cons. n° 10 ; Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. n° 12 ; Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-94 QPC, *M. Robert C.*, cons. n° 4.

[2475] Cons. const., 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, cons. n° 12-9.

administrative[2476] ou industrielle et commerciale[2477]. Enfin, elle concerne autant les CDD[2478] que les CDI[2479]. Pour autant, le principe d'égale admissibilité n'interdit pas à la personne publique de tenir compte de considérations sociales pour l'accès à un emploi public au sens de la DDHC, à condition qu'elle se plie aux exigences constitutionnelles de la capacité, des vertus et des talents[2480]. À cet égard, le doute sur le PACTE est d'autant plus saillant que le Conseil constitutionnel a considéré dans un cas de figure similaire que les contrats d'emploi d'avenir[2481], qui sont des contrats destinés à favoriser l'emploi de jeunes non qualifiés ou peu qualifiés, constitueraient des emplois publics qui ne pourraient être pourvus qu'en tenant compte de la capacité, des vertus et des talents s'ils étaient conclus par des personnes publiques pour une durée indéterminée[2482]. Dans une telle hypothèse, F. Melleray a estimé qu'« *il ne saurait être question d'en réserver l'accès à des jeunes dépourvus de qualification, sauf naturellement à violer frontalement les exigences de prise en compte des seuls capacités, vertus et talents* »[2483].

490. Pour cet auteur, il aurait sans doute été plus avisé de rechercher le mérite ou la variété des talents chez des personnes en difficulté socioéconomique ou ayant un parcours différent de celui qui conduit d'ordinaire à intégrer les emplois publics[2484]. En dépit de ces interrogations sur la justesse du dispositif, le bénéficiaire ne se soustrait pas totalement à une évaluation de ses mérites, puisqu'il voit sa « *motivation* » et sa « *capacité d'adaptation* […] *à l'emploi à pourvoir* »[2485] appréciées par une commission de sélection avant la conclusion du contrat, puis

---

[2476] Cons. const., 24 avril 2004, n° 2003-471 DC, *Loi relative aux assistants d'éducation*, cons. n° 10 ; Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital […]*, *op. cit*.

[2477] Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital […]*, *op. cit*.

[2478] Cons. const., 24 avril 2004, n° 2003-471 DC, *Loi relative aux assistants d'éducation*, cons. n° 10 ; Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-94 QPC, *M. Robert C.*, cons. n° 4.

[2479] Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital […]*, *op. cit.* ; Cons. const., 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, cons. n° 12-9.

[2480] D. JEAN-PIERRE, « Les contrats de Pacte […] », *op. cit.* ; F. MELLERAY, « On instaure une discrimination […], *op. cit.*

[2481] Art. L. L5134-110 du c. trav. et suiv. issus de la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 *portant création des emplois d'avenir*.

[2482] Cons. const., 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, cons. n° 16. Le juge conclue à la même solution concernant les contrats d'accompagnement dans l'emploi prévus par l'art. L. 5134-20 du c. trav. et suiv. (cons. n° 19).

[2483] F. MELLERAY, « Emplois d'avenir et Constitution », *AJDA*, n° 2, 2013, p. 119-21.

[2484] F. MELLERAY, « On instaure une discrimination […], *op. cit.*.

[2485] Art. 8, décr. n° 2005-902 du 2 août 2005 *pris pour l'application de l'article 22 bis de la loi n° 84-16* du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ; décr. n° 2005-904 du 2 août 2005 *pris pour l'application de l'article 38 bis de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* ; art. 8, décr. n° 2005-900 du 2 août 2005 *pris pour l'application de l'article 32-2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière* ; § 1.1.7, circ. n° NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 *relative à la mise en œuvre du contrat dénommé PACTE*.

tout au long de la durée de son engagement par diverses autorités (tuteur, commission administrative paritaire, supérieur hiérarchique)[2486]. La commission de titularisation examine notamment le mérite – de s'être formé et d'avoir occupé un emploi en alternance – et les talents – tirés des compétences acquises grâce à la formation – un peu avant le terme du contrat en vue d'une éventuelle titularisation. Au bout du compte, les candidats en situation d'échec scolaire au début du contrat sont tout de même choisis compte tenu de leur aptitude à occuper un emploi public[2487]. Sous cet angle, le procédé se rapproche de la titularisation des agents contractuels[2488]. Une lecture extensive de la jurisprudence du Conseil d'État vient d'ailleurs conforter cette idée d'un contrôle continu. Le juge considère que les personnes recrutées par contrat de PACTE ont vocation à être titularisées dans le corps correspondant à l'emploi vacant qu'elles occupent. Il en déduit qu'il appartient à l'autorité administrative de vérifier qu'elles remplissent les conditions requises pour cette titularisation, en particulier l'information sur les procédures pénales concernant leur personnel[2489]. Cette vérification doit être opérée sans attendre le moment de la titularisation, nonobstant la circonstance d'une part, qu'elles n'ont pas encore la qualité de fonctionnaire à la date de cette vérification et d'autre part, que l'un des objectifs de ce dispositif est de contribuer à l'insertion sociale de jeunes issus de milieux défavorisés[2490]. Par conséquent, le dispositif ne saurait avoir pour effet de tenir en échec le droit commun applicable à toute personne ayant vocation à être titularisée, ce qui va dans le sens d'un contrôle continu de l'aptitude de l'agent en vue de la titularisation[2491]. Bien que l'appréciation de l'aptitude professionnelle soit assez subjective[2492], le législateur a tenté de parer au mieux le

---

[2486] V. par ex. TA Rouen, 3 juin 2009, n° 0801089, *Ternagoult* : décision de recrutement infondée en l'absence de carnet de suivi du titulaire du PACTE dument rempli par son tuteur.

[2487] En ce sens, v. D. JEAN-PIERRE, « Les contrats de Pacte […] », *op. cit.* ; J. RICHARD, P. TROUILLY, *Développer et pérenniser l'apprentissage dans la fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2015, p. 42.

[2488] 1.1.7, circ. n° NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 […], *op. cit.*. Par ex. art. 1er, 2, 3, 6 et 8, loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 *relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire* ; art. 1er, 2, 5, 6, 12 et 17, loi n° 2001-2 *du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique* ; titre 1er, loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 *relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*.

[2489] Art. 5, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires dite loi Le Pors*.

[2490] CE, ssr., 17 mai 2013, n° 356489, cons. n° 7.

[2491] En ce sens, E. AUBIN, « Fonction publique : contentieux du recrutement » *in Répertoire du contentieux administratif*, D., 2014, § 96.

[2492] Par ex. lorsque la qualification acquise par l'agent n'est pas reconnue au répertoire national des certifications professionnelles. V. de manière générale D. JEAN-PIERRE, « Les contrats de Pacte […] », *op. cit* ; § 2.4, circ. n° NOR : FPPA0500097C du 7 septembre 2005 *relative à la mise en place du volet territorial du parcours d'accès aux carrières de la territoriale de l'hospitalière et de l'État (PACTE)* ; L. HENART, *Développer les formations en alternance dans le secteur public*, Rapport au Premier ministre, 2009, p. 51 ; I. MULLER-QUOY, « Le "PACTE" : une voie contractuelle d'intégration à la fonction publique », *AJFP*, n° 3, 2007, p. 129-32 ; D. LECAT, *Encyclopédie des collectivités territoriales*, Dalloz, 2014, § 72.

risque d'impartialité en instituant une présélection qui échappe au contrôle de l'autorité territoriale. En dépit du fait que « *nul ne songe à contester* »[2493] ce type de mesure d'ouverture, « *la Constitution ne sera* […] *pas un frein à la conclusion de ces contrats* »[2494] puisque le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé à redire au sujet des dispositions de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté modifiant le PACTE[2495]. Le principe du contrat de titularisation vient d'ailleurs d'être repris à titre expérimental pour les agents en situation de handicap, qui peuvent prétendre à une titularisation à l'issue d'un contrat d'apprentissage dans le corps ou cadre d'emplois correspondant à l'emploi qu'ils occupaient après vérification de leur aptitude professionnelle[2496]. En tout état de cause, le juge administratif contrôle l'appréciation des capacités à laquelle s'est livrée une autorité de nomination[2497].

491. Cependant, si ces précédents indiquent ce qui existe en droit positif et ce qui a été rejeté par les juges, parfois à défaut de saisine, la limite exacte de ce qu'il est possible de concevoir dans le respect de ce principe constitutionnel est mal connue[2498]. C'est sans compter les zones grises qui entourent la portée des critères de différenciation.

b – Les ambiguïtés résiduelles

492. L'opacité de certains critères de différenciation – Les normes compensatoires consacrées à la diversité donnent à voir une certaine opacité dans l'organisation des critères de différenciation. Une catégorie qui retient particulièrement l'attention est la condition territoriale, particulièrement perceptible dans la fonction publique. À plusieurs occasions, les circulaires administratives y font référence, alors que ce critère n'est pas toujours prévu dans les dispositions légales et réglementaires. Or, l'ajout d'une condition non réglementaire pourrait affecter la légalité de ces actes unilatéraux s'ils s'avèrent qu'ils fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou que l'interprétation qu'ils prescrivent d'adopter

---

[2493] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, nº 18, 1994, p. 263.
[2494] E. AUBIN, « La contractualisation et l'agent public », *RFDA*, nº 2, 2018, p. 249-55.
[2495] Cons. const., 26 janvier 2017, nº 2016-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*.
[2496] Art. 91, loi nº 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* ; décr. nº 2020-530 du 5 mai 2020 *fixant pour une période limitée les modalités de titularisation dans un corps ou cadre d'emplois de la fonction publique des bénéficiaires de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés à l'issue d'un contrat d'apprentissage*.
[2497] Par ex. CE, ass., 16 décembre 1988, nº 77713 ; CE, ssr., 23 décembre 2011, nº 346629 ; CE, srr., 3 juillet 2013, nº 360255.
[2498] CONSEIL D'ORIENTATION DES POLITIQUES DE RESSOURCES HUMAINES, *Mixité sociale, diversité et principe d'égal accès aux emplois publics : quelle ouverture des recrutements dans la fonction publique ?*, DGAFP, 2017, p. 10.

méconnait le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'ils entendent mettre en place ou expliciter[2499]. La circulaire du 14 septembre 2005 relative à la mise en œuvre du contrat de PACTE préconise « *de favoriser l'intégration dans l'emploi des jeunes* […] *exclus en raison de leur origine géographique ou sociale* [et invite les administrations à veiller] *à ce que les jeunes habitant les zones en difficulté (zone urbaine sensible, zone de revitalisation rurale, zone d'éducation prioritaire) en bénéficient pleinement* »[2500]. Or, l'ordonnance du 2 août 2005 qui l'a institué ne prévoit aucun critère territorial[2501]. Une observation similaire peut être faite au sujet des classes préparatoires. Alors que les critères réglementaires de sélection de certaines d'entre elles sont délestés de la condition territoriale[2502], les instructions émises par la DGFAP en 2010 et 2016 insistent sur l'attention qui doit être portée par l'administration aux candidats domiciliés ou scolarisés dans un QPV ou une ZRR[2503].

493. La portée des critères de différenciation – Ce constat amène à une réflexion plus générale sur la portée de ces critères à laquelle se sont livrés quelques juristes et de nombreux sociologues et politologues. Traditionnellement, le droit est imperméable aux particularismes dès lors qu'ils renvoient à ce que les individus « *sont* »[2504], c'est-à-dire à un marqueur identitaire inné, indélébile, fondamental pour l'identité du groupe et dénué de tout lien avec les qualités ou les actions individuelles. À cet égard, la France se distingue de l'étranger en ce que les groupes sont en principe méconnus au nom de la fiction d'ignorance. Toute catégorie fondée sur un marqueur identitaire relativement permanent est en principe incompatible avec les principes juridiques. Là où certains systèmes juridiques protègent les appartenances collectives minoritaires en reconnaissant des droits spécifiques aux groupes infraétatiques, le droit français apporte en principe à chaque individu une même protection de la loi. Cette singularité s'est affirmée sur la scène internationale au travers des réserves émises par la France à l'adhésion de

---

[2499] CE, sect., 18 décembre 2002, n° 233618, *Mme Duvignères* ; CE, ssr., 26 décembre 2012, n° 358226, *Association « Libérez les Mademoiselles ! »* ; CE, sect., 12 juin 2020, n° 418 142, *GISTI*, cons. n° 2.
[2500] § 1.1.2., circ. n° NOR : FPPA0500097C du 14 septembre 2005 […], *op. cit*.
[2501] Art.3, 4 et 5, ord. n° 2005-901 du 2 août 2005 *relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État*.
[2502] Par ex. art. 3, arr. n° NOR : BCFF0908298A du 18 mai 2009 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire pour l'accès aux concours externes ou aux troisièmes concours des instituts régionaux d'administration* ; art. 3, arr. n° NOR : BCFF0910900A du 18 mai 2009 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire pour l'accès au concours externe de l'École nationale d'administration*.
[2503] II, circ. n° NOR : MTSF1021025C du 19 mai 2010 relative aux *Classes préparatoires intégrées* ; circ. n° NOR : RDFF1528077C du 8 mars 2016 *relative au renforcement du dispositif des classes préparatoires intégrées*, p. 2-3.
[2504] G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Éditions du Seuil, 14e éd., 2017, p. 47.

certaines conventions internationales[2505] ou par ses refus de signer ou de ratifier certains traités[2506]. La cécité à la différence est perçue comme une garantie offerte à tous, y compris aux minoritaires, de s'affirmer librement et d'être traités également[2507]. La reconnaissance de telles catégories aboutirait à traiter de façon durable des individus en fonction d'une appartenance plus ou moins intangible à des groupes, à les enfermer dans des statuts juridiques différenciés que se sont employés à faire disparaître les révolutionnaires. Comme le résume D. Lochak, les « *groupes ont* […] *une essence, une substance concrète, une permanence qui inquiètent parce qu'ils semblent menacer les postulats d'unité et d'universalité sur lesquels repose le modèle républicain* »[2508]. À l'inverse, les différenciations fondées sur ce que les individus « *font* »[2509], comme le lieu de résidence ou la situation d'emploi, sont guidées par des considérations gestionnaires et régulatrices. Ces catégories sont « *larges, transversales, ouvertes* »[2510]. Au contraire des groupes, « *elles ont quelque chose de conjoncturel, de volatil, d'abstrait qui rassure* »[2511]. Il en va de même des catégories à l'interface de ce que « *font* » les individus et de ce qu'ils « *sont* », comme celles liées à l'âge. Aussi, le Conseil constitutionnel ne voit-il aucune contradiction avec la Constitution dans les mesures destinées à venir en aide à des catégories de personnes rencontrant des difficultés particulières, que D. Lochak qualifie d'ailleurs de « *droits catégoriels universel*s »[2512].

494. Malgré la force de ces principes, les pouvoirs publics ne peuvent ignorer l'existence sociologique de groupes infraétatiques dispersés sur le territoire, à plus forte raison lorsqu'ils pâtissent plus que les autres des inégalités ou des discriminations. Pour contourner l'obstacle constitutionnel d'ignorance de ces corps intermédiaires, ils ont pris l'habitude de fonder l'action publique sur des critères qui sont étrangers aux groupes, mais qui ont des incidences sur leurs membres élevées. Les critères de nature socioéconomiques sont de ceux-là. Dans le même ordre

---

[2505] V. par ex. art. 27 PIDCP et loi n° 80-460 du 25 juin 1980 *autorisant l'adhésion de la République française au pacte international relatif aux droits civils et politiques*, assortie d'une déclaration interprétative ; art. 30, conv. de l'ONU du 20 novembre 1989 *relative aux droits de l'enfant* et loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 *autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant*, assortie de la même déclaration interprétative.
[2506] Conv. (n° 169) de l'OIT du 27 juin 1989 *relative aux peuples indigènes et tribaux* ; Conv.-cadre du Conseil de l'Europe du 1er février 1995 *pour la protection des minorités nationales* et CE, sect., avis, 6 juillet 1995, n° 357466 ; Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et Cons. const., 15 juin 1999, n° 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales.*
[2507] CE, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public, 1997, p. 67.
[2508] D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 91.
[2509] G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, *op. cit*., p. 47.
[2510] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 8.
[2511] D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit*., p. 91.
[2512] D. LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *LRDH*, n° 3, 2013, § 18. V. *supra* § 488 et suiv.

d'idée, le Conseil constitutionnel a conditionné la validité des CEP à des critères objectifs[2513]. Cependant, il n'a pas défini en quoi ils consistaient. Un raisonnement *a contrario* amène à la conclusion qu'il s'agit de tous ceux que le juge constitutionnel ne considère pas comme étant prohibés par le texte de la Constitution[2514]. Il s'agirait donc de critères contingents, non immuables qui excluent *a minima* l'origine, la « race » ou l'ethnie. Un exemple de cette substitution d'un critère considéré comme étant inadmissible par un autre jugé neutre est limpide en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès et de fournitures aux biens et services. Si la loi « *ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs* [de discrimination] *lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés* »[2515], le législateur a pris soin de préciser que cette « *dérogation* […] *n'est pas applicable aux différences de traitement fondées sur l'origine, le patronyme ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race* »[2516]. Mais il a immédiatement ajouté que ce principe ne fait pas obstacle « *aux mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement* »[2517].

495. Des critères à « *double fond* »[2518] **–** Ainsi, des critères objectifs ou de nature socioéconomique permettraient de « *sauter ou contourner* »[2519] l'obstacle de cécité juridique à ce que les individus « *sont* »[2520]. Surtout utilisée en matière de politique de la ville, la manœuvre consiste à retenir « *des critères qui ne désignent pas explicitement ou directement les catégories principalement visées, mais à trouver des dénominations détournées ou englobantes* »[2521]. Aux États-Unis, cette « *"stratégie de substitution"* [renvoie au] *choix d'une procédure de répartition a priori neutre sous l'angle considéré – celui de l'égalité entre groupes définis sur une base ethnoraciale –, mais dont les conséquences ne le sont pas et qui est déterminé au*

[2513] Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. n° 33.
[2514] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *LRDH*, n° 9, 2016, § 17.
[2515] Art. 2, al. 2, 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*.
[2516] Art. 2, al. 3, *ibid.*
[2517] Art. 2, al. 5, b), *ibid*.
[2518] G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la DGAFP, 2005, p. 9.
[2519] D. SABBAGH, « Les discriminations positives », *Critique internationale*, n° 17, 2002, p. 129.
[2520] G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, *op. cit*., p. 47.
[2521] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations […] », *op. cit.*, § 18.

moins pour partie par l'anticipation de ces conséquences, dans un contexte où poursuivre l'objectif recherché directement est illégal et […] *tenu pour illégitime et présente donc aux yeux du décideur un caractère excessivement risqué. Autrement dit, ce qui se donne à voir comme un effet dérivé de l'utilisation du critère d'allocation retenu constitue en fait la raison – ou l'une des raisons – de son adoption. Dans cette optique, il importe que la zone de congruence entre les effets induits par l'usage des deux critères de sélection – l'officiel et l'officieux – soit la plus étendue possible, sans toutefois dépasser le seuil au-delà duquel l'équivalence objective entre eux deviendrait suffisamment flagrante pour que soit dévoilée l'intention ayant présidé au choix du critère officiel* »[2522]. Dans le même ordre d'idées, il existerait en France un « *double jeu institutionnel, hérité du système colonial* »[2523] en vertu duquel l'action publique aurait pour spécificité d'atteindre partiellement, indirectement et de façon implicite un ensemble de personnes qui pourrait tout aussi bien être appréhendé comme des groupes ethno-raciaux dans d'autres pays[2524]. Le plus souvent, les principaux destinataires de fait des mesures adoptées sont les personnes ayant immigré et leurs descendants en raison de leur surreprésentation statistique dans les espaces défavorisés et dans des conditions de vie modestes[2525]. Partant, des catégories du type « jeunes des QPV » ou « élèves de REP » sont investies d'un contenu qui agrège en une combinaison labile des caractéristiques socioéconomiques et territoriales utilisées comme « *faisceau de critères religieux, ethniques et "phénotypiques" dont la loi prohibe la prise en compte explicite* »[2526]. Le procédé n'en est pas moins conforme aux principes constitutionnels, puisque la préférence est accordée sur la base de conditions socioéconomiques ou résidentielles et non de catégories prohibées. Ainsi, ce « *bricolage ethnique* »[2527] permet de préserver en apparence l'intégrité du principe d'égalité de traitement et de ne pas cristalliser les identités collectives. En pratique, la façon dont sont employés ces critères n'est pas scellée, puisque les groupes ne sont pas explicités.

496. Les mesures compensatoires relatives à la diversité n'échappent pas à cette ambiguïté. Dans un premier temps, le PACTE a été présenté comme étant destiné aux enfants de personnes

---

[2522] D. SABBAGH, « Paris/Texas : Les voies détournées de la "diversité" dans les filières d'élite de l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *RIPC*, n° 1, 2016, p. 88, NBP n° 15.
[2523] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001, p. 165.
[2524] V. par ex. M. DOYTCHEVA, *Une discrimination positive à la française ?*, Paris, La Découverte, 2007.
[2525] V. par ex. D. SABBAGH, « Vertus et limites de la discrimination positive indirecte dans l'enseignement supérieur : l'expérience du Texas et de la Californie », *Mouvements*, n° 55-6, 2008, p. 102 ; G. CALVES, *La discrimination positive*, PUF, 4e éd., 2016, p. 115.
[2526] G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 115.
[2527] *Ibid.*

ayant immigré[2528]. Des sociologues ont aussi constaté l'existence de « *formes bricolées de discrimination positive au cas par cas* »[2529] à partir d'une redéfinition localisée de critères de sélection qui gouvernent des dispositifs compensatoires, afin de faire remonter des candidatures de personnes perçues comme « non-blanches »[2530]. Au-delà de l'exploitation de ces « *zones grises du recrutement* »[2531] par les maîtres d'œuvre de ces dispositifs, ces catégories semblent avoir *de facto* pour conséquence de cibler partiellement, indirectement et pour partie seulement les franges de la population ayant immigré ou leurs descendances. En effet, si les bénéficiaires des mesures de diversification ont en commun d'être issus de CSP défavorisées, ils sont également nombreux à avoir des origines géographiques hors de l'Hexagone. À Sciences Po, une forte majorité des admis a au moins un parent né hors de France et un tiers les deux[2532]. À l'ESSEC, le français n'est pas la langue maternelle d'une part significative des élèves et ils sont relativement peu nombreux à être nés de parents français[2533]. S'il est difficile d'évaluer l'ampleur du phénomène pour d'autres dispositifs, il n'apparaît pas déraisonnable de considérer qu'il s'agit là de l'une des caractéristiques des mesures reposant sur le maillage territorial et les conditions socioéconomiques des individus[2534]. Un autre indice abondant en ce sens est perceptible dans l'« *oscillation perpétuelle entre affirmation et dénégation de la pertinence de la composante ethnoculturelle et/ou phénotypique* »[2535] dans les rhétoriques qui accompagnent ces mesures. En effet, les publics ciblés se voient adresser par leurs maîtres d'œuvre des signaux plus ou moins explicites. Sous cet angle, « *le maniement sémiotique des physionomies semble crucial et systématique* »[2536]. Prenant pour illustration une brochure sur les CEP diffusée par

---

[2528] Sur cette présentation du PACTE, v. G. CALVES, « Il y a une autoreproduction malsaine dans la fonction publique », *AJDA*, n° 8, 2005, p. 404.

[2529] I. CHUPIN, A. SOUBIRON, C. TASSETT, « Entre social et ethnique. Les dispositifs d'ouverture à la "diversité" dans les écoles de journalisme en France », *Terrains & travaux*, n° 29, 2016, p. 230.

[2530] *Ibid*. V. ég. dans les politiques de diversité dans les *boards* C. MALECKI, « Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable », *BMIS*, n° 12, 2014, p. 732-9.

[2531] Y. MEZIANI-REMICHI, « Les zones grises du recrutement: une analyse des pratiques de sélection des descendants de migrants dans la mairie de Pessac (France) et Nieuw West Amsterdam (Pays-Bas) », *Esprit Critique-Revue Internationale de Sociologie et de Sciences sociales*, n° 21, 2015, p. 114-28.

[2532] R. SENAC, *L'invention de la diversité*, Paris, PUF, 2012, p. 114 ; SCIENCES PO, « Objectif : égalité des chances. Les conventions éducation prioritaire », 2009, p. 3, 6-7 cité par D. SABBAGH, « Vertus et limites de la discrimination positive indirecte […] », *op. cit.*, p. 106.

[2533] K. ANDRE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Dix ans après : quel impact sur les tuteurs et les tutorés ?*, ESSEC, 2012, p. 13 : sur l'échantillon considéré (324 « étudiants P.Q.P.M. » sur 10 ans), 50 % d'entre eux environ pour la langue maternelle et un tiers, dont 6 % nés dans les DOM-TOM, pour la naissance.

[2534] Cela est logique dans la mesure où les ZEP ont été déterminées selon des indicateurs prenant en compte la scolarisation des enfants étrangers. V. annexe technique, circ. n° 81-238 du 1er juillet 1981 *relative aux zones prioritaires*.

[2535] D. SABBAGH, « Vertus et limites de la discrimination positive indirecte […] », *op. cit.*, p. 106, NBP n° 80.

[2536] V. DE RUDDER, C. POIRET, F. VOURC'H, « Les discriminations racistes sont-elles solubles dans le modèle républicain ? » *in* V. DE RUDDER, C. POIRET, F. VOURC'H, *L'inégalité raciste. L'université républicaine à l'épreuve*, Paris, PUF, 2000, p. 14.

Sciences Po – mais les exemples ne manquent pas[2537] – D. Sabbagh relève des « *visages d'étudiants assez manifestement choisis pour leur capacité à incarner cette forme de diversité, mais coupés de manière à ne faire apparaître clairement que le pourtour de leurs yeux – et éviter ainsi que l'intention ayant présidé à ce choix ne soit par trop évidente* »[2538].

497. Convergences des dispositifs français et étatsuniens – En considération de l'engagement de certains établissements texans et californiens dans un processus de discrimination positive indirecte[2539], le plus frappant est sans doute la double convergence entre les trajectoires française et américaine observée par D. Sabbagh dans le domaine de l'accès aux grandes écoles et à la fonction publique[2540]. D'une part, aux États-Unis comme en France, les mesures compensatoires sont sous-tendues par le paradigme de la diversité. D'autre part, la méthode retenue dans les deux pays consiste à prendre en compte des critères socioéconomiques et territoriaux pour appréhender des populations qui, *de facto*, pourraient être en partie perçues comme appartenant à un groupe de personnes « non-blanches »[2541]. Sur ce point, la similitude des indicateurs est plutôt saisissante en dépit de ce qui sépare les deux contextes nationaux. Dans les établissements californiens, l'admission est subordonnée au mérite, aux résultats scolaires, aux revenus, à la valeur du patrimoine et au niveau d'éducation des parents, au lieu de résidence ou encore à la structure familiale[2542]. Dans les dispositifs français, ce sont la motivation, le déroulement des études, les ressources du candidat ou celles des parents, la résidence ou la scolarisation dans un territoire de la géographie prioritaire, ainsi que le milieu familial qui sont généralement appréciés.

[2537] V. par ex. T. SIBIEUDE, F. LOUVEAUX, C. DARDELET, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Bilan d'étape janvier 2003 — janvier 2008*, Paris, ESSEC, 2008, p. 15, NBP n° 27 ; R. DESCOINGS *in* CNIL, *Auditions réalisées par le groupe de travail sur la mesure de la diversité du 2 novembre 2006 au 1er février 2007*, Compte-rendu, 2007, p. 25.

[2538] D. SABBAGH, « Vertus et limites de la discrimination positive indirecte […] », *op. cit.*, p. 106, NBP n° 80.

[2539] Les dispositions adoptées notamment au Texas et en Californie dans la seconde moitié des années 1990 imposent aux universités publiques d'admettre en première année les diplômés de l'enseignement secondaire les mieux classés à l'échelle de leur lycée. Ces programmes peuvent être analysés comme des discriminations positives indirectes, dans la mesure où ils se substituent approximativement à l'appareillage de *l'affirmative action* démantelé précédemment. Ils reposent sur l'existence avérée d'une corrélation entre l'identité ethnoraciale et la performance scolaire d'une part, et sur la ségrégation de fait du système d'enseignement primaire et secondaire d'autre part. V. D. SABBAGH, « Paris/Texas : Les voies détournées de la "diversité" […] », *op. cit.*

[2540] D. SABBAGH, « Vertus et limites de la discrimination positive indirecte […] », *op. cit.*, p. 103.

[2541] *Ibid.*

[2542] D. SABBAGH, « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie (1995-2008) », *Sociétés contemporaines*, n° 79, 2010, p. 56-7.

498. Pour D. Sabbagh, *mutatis mutandis* la logique est bien celle de la discrimination positive indirecte. Cependant, si l'identité ethno-raciale des candidats est bien prise en compte au stade de l'élaboration du dispositif aux États-Unis, l'auteur insiste sur le fait qu'il est impossible de l'affirmer en France[2543]. Malgré ces convergences, la congruence entre la différenciation officielle et officieuse reste partielle et discutée[2544]. Au bout du compte, « *tout est* […] *affaire de point de vue* »[2545]. Le « *jeu de bonneteau* »[2546] des pouvoirs publics ou des autres acteurs a beau être aisément perceptible, le rapport aux groupes reste fragile et peut toujours être appréhendé comme un simple effet dérivé de dispositifs à vocation sociale. Pour le dire crûment, les bénéficiaires de ces appareillages « *n'ont pas été choisis parce qu'ils sont noirs, mais parce qu'ils sont pauvres* »[2547]. En dépit de ces ambiguïtés, l'équilibre juridique traditionnel des politiques sociales françaises n'est pas remis en cause.

B – La marge de manœuvre laissée par le droit de la non-discrimination

499. Position du problème – Dans la mesure où les normes compensatoires relatives à la diversité instaurent des différences de traitement entre des personnes selon des critères et dans des champs couverts par le droit de la non-discrimination, se pose aussi la question d'éventuelles discriminations à rebours. L'hypothèse est celle d'une personne ne profitant pas du bénéfice de ces mesures et qui serait lésée sur le fondement d'un motif discriminatoire. Derrière les traitements différenciés compensatoires, le risque est que « *l'avantage accordé aux uns s'exerce* […] *au détriment des autres* »[2548]. Très tôt, cette critique a été opposée aux CEP ou au PACTE[2549]. Il faut dire qu'un certain nombre de critères de différenciation retenus dans ces dispositifs sont susceptibles d'entrer dans le champ discriminatoire, parmi lesquels l'âge, la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique et le lieu de résidence sont les

[2543] V. *ibid*., p. 57.
[2544] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations […] », *op. cit.*, § 22.
[2545] G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 30.
[2546] F. DHUME, K. HAMDANI, *Vers une politique française de l'égalité. Rapport du groupe de travail « Mobilités sociales » dans le cadre de la « Refondation de la politique d'intégration »*, Rapport au ministre de l'Emploi, du Travail, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, et à la ministre déléguée à la Réussite éducative, 2013, p. 22.
[2547] G. CALVES, « Les politiques françaises de discrimination positive […] », *op. cit.*, p. 32.
[2548] G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 32.
[2549] Il s'agissait de la position de l'Union nationale inter-universitaire. V. A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites et repositionnement organisationnel. Le cas des politiques d'ouverture sociale en France, et d'*outreach* en Angleterre », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n° 7, 2008, p. 155-71, § 12 ; D. JEAN-PIERRE, « Les contrats de Pacte […] », *op. cit.*, p. 1454-9.

plus évidents[2550]. Ces critères renvoient de façon non exhaustive aux divers partenariats développés par les établissements d'excellence ou par les acteurs de l'emploi, mais encore aux mesures spécifiques adoptées dans l'emploi public, notamment les contrats aidés, le Pacte ou les concours « Talents ». Si les différences de traitement fondées sur les catégories mentionnées ci-dessus sont prohibées par le droit, des exceptions existent. En effet, alors que dans son acception courante la notion de non-discrimination laisse à penser qu'elle interdit toute distinction en droit, elle les tolère au contraire, « *pourvu qu'en fait l'inégalité régresse* »[2551]. D. Lochak écrit qu'« *avec l'abandon de la généralité de la règle, le principe d'égalité se transforme et se lit désormais comme un principe de non-discrimination : n'obligeant pas à traiter tout le monde de la même façon, il implique de distinguer les différences de traitement légitimes, qui trouvent une justification objective et raisonnable dans une différence de situation ou l'intérêt général, et les autres qui, privées d'une telle justification, seront considérées comme des discriminations arbitraires* »[2552]. Ainsi, la non-discrimination est un instrument de réalisation de l'égalité[2553]. Tout en gardant à l'esprit son caractère spéculatif et général, l'enjeu est de déterminer quels sont les risques de discrimination les plus probables et le cas échéant, dans quelles conditions les différences de traitement compensatoires adoptées pour diversifier peuvent s'accorder avec le droit de la non-discrimination.

500. Vulnérabilité économique, lieu de résidence, origine sociale, fortune – Si les dispositifs en question visent la diversité des milieux socioéconomiques, le droit national est venu autoriser certaines différences de traitement susceptibles de se rapporter à cette diversité. Il exclut la qualification de discrimination pour les mesures prises en faveur des personnes vulnérables en raison de leur situation économique et des personnes résidant dans certaines zones géographiques[2554]. Par conséquent, l'appréciation de ces critères est déplacée sur le

---

[2550] Art. L. 1132-1 c. trav. ; art. 225-1 c. pénal ; art. 6, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* ; art. 1er, 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*.

[2551] X. BIOY, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination » *in* F. SUDRE, H. SUREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 55.

[2552] D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination en droit européen et français » *in* M. TSUJIMURA, D. LOCHAK (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 43.

[2553] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Angers, Thèse de doctorat en droit, Université d'Angers, 2017, p. 204.

[2554] Art. L. 1133-5 et L. 1133-6 c. trav. ; art. 225-3, 3° c. pénal ; art. 2, 5°, b) 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*. Si de telles exceptions ne sont pas prévues dans le statut général de la fonction publique, il est rappelé que le Conseil d'État n'hésite pas à s'inspirer ou à se référer à la loi de 2008 pour pallier ces insuffisances. V. par ex. CE, ass., 30 octobre 2009, n° 298348, *Mme Perreux* ; CE, chr., 15 novembre 2017, n° 403275.

terrain européen et international de la non-discrimination où existent des motifs similaires et la justification des différences de traitement ainsi instituées pèse sur l'État. L'article 14 de la Conv. EDH prohibe les discriminations sur le fondement d'une liste ouverte, qui comprend notamment la fortune, la naissance ou l'origine sociale. Néanmoins, ce principe de non-discrimination ne concerne que l'exercice des droits protégés par la Convention, ce qui en limite considérablement la portée[2555]. Cette disposition est complétée par le protocole additionnel n° 12 qui pose un principe d'interdiction générale des discriminations pour les mêmes motifs, seulement la France n'a ni signé ni ratifié ce texte. L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne comporte des motifs équivalents, mais ne concerne que les recours formés contre la législation de l'Union ou une législation nationale mettant en œuvre le droit de l'Union[2556]. Ces critères sont également visés dans d'autres sources internationales ratifiées par la France[2557]. L'origine sociale concerne le patrimoine social, économique et culturel d'une personne, duquel découlent un ensemble d'éléments caractéristiques de sa situation actuelle selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Il s'agit de la fortune, de la situation sociale ou plus largement des comportements liés à des codes sociaux (la manière de s'exprimer, de se mouvoir dans l'espace, etc.), l'apparence physique (la tenue vestimentaire, etc.), le niveau scolaire, le réseau social, le prénom (parfois le nom) et l'adresse[2558]. Ces trois motifs peuvent être considérés comme liés entre eux, dans la mesure où ils se réfèrent tous trois à un statut conféré à l'individu en vertu d'un patrimoine social et économique dont il a hérité.

501. Dans ce cadre déjà étroit, la jurisprudence de la CEDH concernant la discrimination liée à l'origine sociale est rare[2559]. De manière générale, les faits de discrimination au regard de l'origine sociale dans l'emploi ou les services sont encore très peu appréhendés[2560]. Dans ces

---

[2555] V. aussi art. 1er Protocole n° 12 Conv. EDH (non signé, non ratifié par la France). Sur cette discrimination, v. par ex. T. GRÜNDLER, I. GUERLAIS, K. LE BOURHIS, « La discrimination sur l'origine sociale, entre mythe et réalité » *in* V. CHAMPEIL-DESPLATS, N. FERRE (dir.), *Frontières du droit, critique des droits : billets d'humeur en faveur de D. Lochack*, Paris, LGDJ, 2007, p. 63-74.

[2556] Art. 51 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2018, p. 24.

[2557] Art. 26, PIDCP ; art. 2, 1), PIDESC ; art. 1er, 1), a), conv. de l'OIT n° 111 *concernant la discrimination (emploi et profession)*, 1958 ; art. 14, Conv. EDH ; art. 21, Charte des droits fondamentaux de l'UE.

[2558] V. COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n° 20, E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009, § 24-5 et 35 ; M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 359.

[2559] V. cependant CEDH, gr. ch., 29 avril 1999, nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *Chassagnou et autres c. France*, § 56-95.

[2560] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 362.

conditions, il convient néanmoins de rappeler qu'en matière de discrimination directe ou de discrimination indirecte, l'approche de la CEDH consiste à admettre une justification générale. Pour être conforme à la Convention, la différence de traitement doit répondre à une justification objective, c'est-à-dire qu'elle doit poursuivre un but légitime et les moyens mis en œuvre pour atteindre ce but doivent être appropriés et nécessaires[2561]. En l'espèce, une politique sociale de démocratisation de l'emploi ou de l'enseignement supérieur fondée sur l'insertion des plus démunis peut raisonnablement être considérée comme un but légitime au sens de la jurisprudence de la Cour. En revanche, l'appréciation des moyens mis en œuvre pour y parvenir (critères de différenciation, nature de la préférence, etc.) relève d'une casuistique délicate à extrapoler. Tout au plus est-il possible de souligner que les modalités de ces mesures sont classiques pour ce type de politiques sociales.

502. Âge – Les dispositifs portant sur la diversité dans l'emploi public croisent également le champ matériel de la directive du 27 novembre 2000 à travers le critère de l'âge qui conditionne certains dispositifs législatifs et réglementaires dans l'emploi public[2562]. Ce texte a été transposé en droit du travail, en droit de la fonction publique, en matière pénale et dans la loi du 27 mai 2008[2563]. Ces règles couvrent notamment l'accès à l'emploi, les conditions d'emploi, l'accès à l'orientation professionnelle et à la formation[2564]. La notion d'accès à l'emploi est interprétée largement par la CJUE. Elle s'applique à une personne cherchant à accéder à un emploi[2565], aux critères de sélection[2566], aux conditions de recrutement pour cet emploi[2567] ou même à l'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, métier ou emploi spécifique, ou qui confère l'aptitude particulière à exercer de tels profession, métier ou

[2561] AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, *op. cit.*, p. 104. V. par ex. CEDH, gr. ch., 29 avril 2008, n° 13378/05, *Burden c. Royaume-Uni*, § 60 ; CEDH, ch., 22 mars 2016, n° 23682/13, *Guberina c. Croatie*, § 69.
[2562] Art. 1er, dir. n° 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*.
[2563] Dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général […]*, *op. cit.* ; art. L. 1131-1 à L1134-5 c. trav. ; art. 6 à 6 *septies* loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* ; art. 225-1 à 225-4 c. pénal ; 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*.
[2564] AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2018, p. 129.
[2565] CJUE, ch., 19 avril 2012, n° C-415/10, *Galina Meister c. Speech design carrier systems GMBH*.
[2566] CJUE, ch., 5 février 2015, n° C-317/14, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*.
[2567] CJUE, ch., 13 novembre 2014, n° C-416/13, *Vital Pérez*.

emploi[2568]. La décision *Mangold* a fait de la non-discrimination en raison de l'âge un principe général du droit de l'Union[2569].

503. Les justifications exclues – Au contentieux, l'aménagement de la charge de la preuve organisé par la directive prévoit qu'il appartient au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement[2570]. Cette exigence a été transposée dans le droit national, à l'exception de la matière pénale qui connaît un régime probatoire spécifique. Il appartient au défendeur de prouver que la différence de traitement est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination[2571]. Une telle justification semble inadaptée s'agissant de mesures conditionnées à un critère susceptible d'être discriminatoire, en l'occurrence l'âge, dans l'objectif d'attribuer un avantage à une classe d'âge et pas à d'autres. Pareillement, si les textes prévoient qu'une différence de traitement peut être justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée et objective, il est manifeste que la sélection des bénéficiaires des mesures compensatoires ne repose sur aucune exigence de cette nature[2572].

504. La justification d'une discrimination indirecte – Dans le cas où serait alléguée une discrimination indirecte, la discrimination n'est pas constituée si la disposition, le critère ou la pratique en cause est objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires[2573]. Si les principaux risques de discriminations indirectes semblent désamorcés par les exceptions législatives sur les mesures prises en faveur des personnes vulnérables en raison de leur situation économique et en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques, il est possible de préciser que la CJUE est encline à admettre une différence de traitement fondée sur des objectifs de politique sociale et d'emploi. Lorsqu'elle a à connaître des affaires portant sur des différences de traitement justifiées par de tels buts, elle accorde aux États une large marge discrétionnaire. Par exemple, elle a jugé que

---

[2568] CJCE, 13 février 1985, n° C-293/83, *Françoise Gravier c. Ville de Liège* ; CJCE, 2 février 1988, n° C-24/86, *Vincent Blaizot c. Université de Liège et autres*.
[2569] CJCE, gr. ch., 22 novembre 2005, n° C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, § 75.
[2570] Art. 10 dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général […]*, *op. cit.*
[2571] Art. L. 1134-1 c. trav., art. 4, loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire […]*, *op. cit.* ; CE, ass., 30 octobre 2009, n° 298348, *Mme Perreux*.
[2572] Art. 4, dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général […]*, *op. cit.* ; art. 225-3, 3° c. pénal ; art. L. 1133-1 c. trav. ; art. 2, 2° 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* ; CE, ass., 4 avril 2014, n° 362785, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie c. M. Z.* ; CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*, § 40.
[2573] Art. 2, 2, b), dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre […]*, *op. cit.*

l'objectif consistant à promouvoir la poursuite d'études supérieures ou à compenser des désavantages résultant de l'interruption de l'activité professionnelle pour élever des enfants, constituaient des objectifs légitimes susceptibles de justifier une discrimination indirecte[2574].

505. Un objectif légitime de politique de l'emploi – En vérité, la question des discriminations à rebours semble surtout se poser au regard des exceptions prévues par la directive de 2000. Le texte réserve aux États membres la possibilité de prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des politiques 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 traitements différenciés peuvent notamment comprendre la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle et des conditions spéciales d'emploi et de travail pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge en vue de favoriser leur insertion professionnelle[2575]. La liste fournie par la directive n'est pas exhaustive et pourrait donc être étendue au cas par cas[2576]. Le juge européen se montre libéral en ce qui concerne les objectifs de politique sociale formulés par les États membres pour justifier des différences de traitement liées à l'âge. Pour être légitimes, les objectifs de politique sociale et de l'emploi doivent présenter un « *caractère d'intérêt général* »[2577]. La CJUE a itérativement jugé que les États membres disposaient 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[2578]. Elle a admis différents buts pouvant être invoqués par les administrations défenderesses, dont la promotion à l'embauche de jeune génération ou un objectif visant à assurer un mélange de générations du personnel pour permettre un échange d'expérience et d'idées nouvelles[2579]. Dans l'affaire

---

[2574] Respectivement CJUE, ch., 14 décembre 2016, n° C-238/15, *Maria do Céu Bragança Linares Verruga et autres c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche* ; CJUE, ch., 17 juillet 2014, n° C-173/13, *Maurice Leone et Blandine Leone c. Garde des Sceaux*.

[2575] Art. 6, 1, dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *[…]*, *op. cit.* V. ég. art. L. 1133-2 c. trav.

[2576] AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2018, p. 117.

[2577] CJCE, ch., 5 mars 2009, n° C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, § 46.

[2578] CJCE, gr. ch., 22 novembre 2005, n° C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, § 54 ; CJUE, ch., 19 juin 2014, n° C-501/12, *Specht*, § 46.

[2579] Respectivement CJCE, gr. ch. 16 octobre 2007, n° C-411/05, *Palacios de la Villa*, § 65 et CJUE, gr. ch., 12 janvier 2010, n° C-341/08, *Petersen*, § 68 ; CJUE, ch., 18 novembre 2010, n° C-250/09 et C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev*, § 45-6.

Abercrombie & Fitch Italia Srl, le juge a examiné si le recours à des contrats de travail intermittent pour les travailleurs âgés de moins de 25 ans, ainsi qu'une disposition prévoyant leur licenciement automatique dès l'âge de 25 ans, constituait une discrimination illicite fondée sur l'âge. Elle a jugé que la directive ne s'y opposait pas, dès lors que cette mesure poursuivait un objectif légitime de politique de l'emploi d'entrée des jeunes sur le marché du travail et que les moyens prévus pour réaliser ce but étaient appropriés et nécessaires[2580]. À l'inverse, en France, le Défenseur des droits a considéré que la mise en œuvre d'une politique nationale de diversité des parcours dans la fonction publique n'était pas un objectif légitime justifiant de maintenir une condition discriminatoire de limite d'âge pour accéder au corps des professeurs d'université[2581]. La mesure a finalement été annulée par le Conseil d'État sur un autre fondement, celui-ci ayant estimé qu'une limite d'âge ne constituait pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante[2582]. Cependant, ce cas d'espèce est bien éloigné des différences de traitement fondées sur l'âge prévues pour diversifier la fonction publique. Ainsi que l'a relevé à l'époque le Défenseur des droits, le ministère ne démontrait pas en quoi la préservation de la carrière des maîtres de conférences aînés et l'équilibre poursuivi dans le cadre d'une politique nationale de diversification des parcours relevaient d'une politique de l'emploi. En l'espèce, il serait sans doute plus aisé de démontrer que les mesures de diversification mises en œuvre dans la fonction publique poursuivent un objectif d'insertion professionnelle, à l'instar de ce qu'a reconnu le Conseil d'État dans son avis au gouvernement de 2018[2583]. Au regard des exigences posées par le droit de la non-discrimination, il n'est donc pas inconsidéré d'imaginer que les dispositifs sur la diversité fondés sur l'âge puissent trouver grâce dans un objectif légitime de politique de l'emploi.

506. Les mesures spécifiques – Enfin, 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

[2580] CJUE, ch., 19 juillet 2017, n° C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*.
[2581] DDD, n° MLD-2013-243 du 26 novembre 2013 *relatives au refus d'enregistrement d'une candidature à un concours de la fonction publique fondé sur l'âge du candidat*, p. 7 ; DDD, n° MLD-2015-20 du 20 janvier 2015, *relative au refus d'enregistrement d'une candidature à un concours de la fonction publique fondé sur l'âge du candidat (observations)*, p. 6.
[2582] CE, ssr., 26 janvier 2015, n° 373746, *Slama.*
[2583] P. LABERRONDO, « Exclusif : l'avis du Conseil d'État qui permettrait un accès spécifique à la fonction publique pour les candidats d'origine modeste », *Acteurs Publics*, 13 octobre 2020.

désavantages liés à l'âge[2584]. Au sens de la directive sur l'emploi et de la jurisprudence de la CJUE, ce type de dispositif est susceptible de justifier un traitement différencié fondé sur un motif discriminatoire. En effet, dans le droit de l'Union, les mesures positives ne sont pas des dérogations au principe d'égalité comme elles sont traditionnellement envisagées en France, mais bien une application du principe de non-discrimination[2585]. Les principales affaires concernant des mesures spéciales que le juge a eu à connaître avaient pour objet l'égalité entre les hommes et les femmes et concernaient des dispositifs préférentiels instaurant une priorité à l'embauche en faveur de ces personnes[2586]. Plus récemment, la Cour a eu à traiter dans ce cadre de questions préjudicielles portant sur la religion[2587]. Toutefois, pour d'autres critères que le sexe, cette « *disposition de la directive* [est] *encore inexplorée par sa jurisprudence* »[2588]. Ce manque de recul obscurcit l'appréhension de dispositions nationales fondées sur un autre critère, tel que l'âge. Toujours est-il qu'en droit, cette disposition ne s'oppose pas au principe de traitements différenciés basés sur ce critère, à l'instar de ceux qui existent pour diversifier l'emploi public, à condition de respecter les conditions fixées par la jurisprudence de la CJUE.

§ 2 – Une recomposition des principes de l'ordre juridique

507. Plan – À plusieurs égards, les normes relatives à la diversité appuyées sur les différenciations compensatoires illustrent un dépassement des canons de l'ordre juridique (A). Elles semblent en particulier porter une reconfiguration du principe d'égale admissibilité aux emplois publics (B).

A – Un dépassement des canons de l'ordre juridique

508. La convergence entre le droit de la fonction publique et le droit du travail à travers la souplesse des recrutements et l'approche fonctionnelle de l'emploi – La particularisation

---

[2584] Art. 7, dir. nº 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général […], op. cit*. Sur les actions positives, v. A. TONNAC (de), *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, Paris, Thèse de doctorat, Université Paris 1, 2019.
[2585] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit*., p. 45.
[2586] V. not. CJCE, 17 octobre 1995, nº C-450/93, *Kalanke* ; CJCE, 17 novembre 1997, nº C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfale* ; CJCE, 28 mars 2000, nº C-158/97, *Badeck* ; CJCE, ch., 6 juillet 2000, C-407/98, *Katarina Abrahamsson et Leif Anderson*.
[2587] CJUE, ch., 9 mars 2017, nº C-406/15, *Milkova*, spéc. § 45-64 ; CJUE, gr. ch., 22 janvier 2019, nº C-193/17, *Cresco Investigation*, § 62-8.
[2588] En ce sens, G. CALVES, « Jour férié réservé aux membres d'un culte minoritaire : un refus clair et net de la CJUE », *SSL*, nº 1852, 2020, p. 5-8.

de la réponse juridique à l'œuvre avec les mesures portant sur la diversité dans la fonction publique illustre la convergence de ce droit avec le droit du travail. Loin de se simplifier, les mécanismes de recrutement dans l'emploi public tendent à se multiplier et à se complexifier, créant des parcours de carrières hétérogènes[2589]. L'instauration de procédures spécifiques de recrutement pour diversifier l'administration ne laisse pas d'interroger le procédé du concours. La diversification des voies d'accès à la fonction publique est symptomatique d'un « *phénomène constant et évolutif d'interaction entre le droit public et le droit privé* »[2590], du droit de la fonction publique et du droit du travail[2591]. Des auteurs n'hésitent pas à parler de « *travaillisation* »[2592] de la fonction publique ou de « *droit public du travail* »[2593]. Le rapprochement entre le droit du travail et le droit de la fonction publique est un phénomène signalé de longue date et qui connaît encore des développements récents avec la montée en puissance du contrat d'emploi dans l'administration[2594]. Cependant, les modalités de contractualisation de la fonction publique sont telles qu'aujourd'hui les emplois publics se trouvent de plus en plus en dehors des trois hypothèses de fonctionnariat[2595]. Par exemple, les contrats de PACTE, d'ADS ou de PrAB sont largement inspirés des contrats aidés qui existent en droit du travail[2596]. Pour prendre la mesure de ces évolutions, il faut rappeler que dans les relations de travail de droit privé, le Conseil constitutionnel considère que la liberté d'entreprendre implique pour l'employeur la liberté de choisir ses collaborateurs dans le cadre légal et conventionnel[2597]. Il est donc conforme à cette liberté d'inciter un employeur à soutenir la formation d'un jeune ou la reconversion d'une personne de plus de 50 ans par exemple. À l'inverse, c'est une autre rationalité qui préside en principe dans l'administration. Le principe

---

[2589] En ce sens, B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, H. RIHAL et *al*., « Chronique de l'administration », *RFAP*, nº 115, 2005, p. 509.

[2590] M. TOUZEIL-DIVINA, « À propos de la/des contractualisation(s) croissante(s) dans la/les fonction(s) publique(s) française(s) » *in* D. ESPAGNO-ABADIE, A. PENERANDA, *Fonction(s) publique(s) : le défi du changement*, Rennes, Presses de l'École des Hautes Études en Santé Publique, 2018, p. 136.

[2591] V. encore I. DESBARATS, « Transformation de la fonction publique : jusqu'où aller dans le rapprochement avec le droit du travail ? », *DS*, nº 3, 2020, p. 220-6.

[2592] M. TOUZEIL-DIVINA, « À propos de la/des contractualisation(s) […] » *in* D. ESPAGNO-ABADIE, A. PENERANDA, *Fonction(s) publique(s) […]*, *op. cit.*, p. 136.

[2593] D. ESPAGNO-ABADIE, « Un changement en cours : vers l'émergence d'un "droit public du travail" » *in* D. ESPAGNO-ABADIE, A. PENERANDA, *Fonction(s) publique(s) […]*, *op. cit.*, p. 145-54 ; P. ESPLUGAS-LABATUT, C. -A. DUBREUIL, M. MORAND, *Le droit public du travail*, Le Mans, Éd. L'Épitoge, 2016.

[2594] V. déjà Y. SAINT-JOURS, « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique » *in* G. H. CAMERLYNCK, *Tendances du droit du droit du travail français* contemporain, Paris, Dalloz, 1977, p. 231-46. V. réc. loi nº 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique*.

[2595] M. TOUZEIL-DIVINA, « À propos de la/des contractualisation(s) […] », *op. cit.*, p. 133. Ce mouvement ne doit pas faire oublier le rapprochement des agents contractuels du stratut.

[2596] À propos du PACTE, F. MELLERAY, « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP*, nº 1, 2006, p. 198-9.

[2597] Cons. const., 20 juillet 1988, nº 88-244 DC, *Loi portant amnistie*, cons. nº 22.

d'égalité y a une valeur axiologique, incarnée par l'article 6 de la DDHC. Par conséquent, « *la fonction publique, au sens large du mot, ne doit être attribuée qu'à ceux qui présentent les meilleures qualités d'intelligence, de probité, de connaissances techniques, de zèle et de dévouement pour la chose publique* »[2598], écrivait G. Jèze. Les dispositifs de contractualisation relatifs à la diversité ne sont donc pas anodins au regard de ce principe.

509. En filigrane, la multiplication des contrats pour diversifier la fonction publique illustre la contestation et « *l'affaiblissement de la portée* »[2599] de cette logique. Tout un discours sur la diversification de l'administration consiste à dénoncer la lourdeur, la lenteur et le coût des concours, *a fortiori* pour le recrutement d'agents de faible qualification. Il favoriserait la reproduction sociale des fonctionnaires. La nature scolaire des épreuves serait déconnectée des exigences professionnelles et constituerait une véritable barrière à l'entrée de la titularisation pour les personnes originaires de milieux modestes. La diversification des voies d'accès à la fonction publique prend le contrepied de ces critiques à travers la recherche d'outils susceptibles de représenter un « *atout managérial* »[2600], incarnant l'association de « *l'égalité méritocratique et l'éthique de la performance* »[2601]. D'une part, l'hybridation du droit applicable permet de réduire l'exorbitance du droit de la fonction publique et d'assouplir les règles de recrutement[2602]. D'autre part, la contractualisation permet de donner la priorité à « *une approche fonctionnelle de l'emploi, une démarche métier* »[2603] en adéquation avec les qualifications professionnelles recherchées par l'occupation d'un emploi et le suivi d'une formation. La suspension des règles de concurrence, l'accent mis sur l'individualisation des profils à travers les compétences et l'attention portée au parcours biographique, tranchent avec la conception traditionnelle de la relation d'emploi axée sur les connaissances théoriques et considérée pour cette raison en décalage avec les exigences de terrain[2604]. En outre, contrairement à la situation classique de l'agent non titulaire admis à un concours, la contractualisation offre dans certains cas la garantie d'un retour sur investissement à

[2598] G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif. La notion du service public. Les individus au service public. Le statut des agents publics*, Paris, Dalloz, 2003, p. 402.
[2599] E. MARC, « L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de fonction publique territoriale », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, 2007, p. 47-53, § 18.
[2600] I. DESBARATS, S. KOPEL, « Les agents contractuels de la fonction publique territoriale française. De la précarité juridique à l'atout managérial ? », *RFAP*, n° 115, 2005, p. 481-93.
[2601] R. SENAC, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 171.
[2602] E. AUBIN, « La contractualisation et l'agent public », *op. cit.* ; M. LANORD, « Le recrutement par concours dans la "territoriale" : Chronique d'une mort annoncée », *AJFP*, n° 4, 2002, p. 4.
[2603] E. AUBIN, « La contractualisation et l'agent public », *op. cit.*, p. 249-55.
[2604] E. AUBIN, « Contrats de Pacte : des contrats d'emploi novateurs dans la fonction publique », *Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats publics*, n° 46, 2006, p. 46-9.

l'employeur public qui recrute un agent contractuel occupant un emploi permanent sur lequel il a vocation à être titularisé s'il réussit le concours (PrAB) ou s'il satisfait à certaines exigences (PACTE). À l'origine, le gouvernement imaginait d'ailleurs élargir le PACTE aux catégories A et B, avant de créer le contrat PrAB face à l'hostilité des organisations syndicales qui craignaient une généralisation de l'accès sans concours à la fonction publique[2605]. La logique fonctionnelle rompt aussi avec le principe de la titularisation, dès lors qu'elle se fait normalement dans un corps ou cadre d'emploi et dans un grade, mais pas sur un emploi déterminé[2606]. Cette souplesse fonctionnelle doit être lue enfin comme une adaptation à l'évolution des ressources humaines que connaît la fonction publique depuis le début des années 2000. Le leitmotiv de la diversification des profils permet de pourvoir à une partie des besoins humains générés par les départs en retraite de la génération du baby-boom, sans recruter ostensiblement[2607].

510. Pour certains, ces mesures ne résoudront pas le problème de l'ouverture de la fonction publique. Face à « *une crise profonde du système de recrutement* »[2608], des voix s'élèvent pour dire que si les concours ne remplissent plus leur fonction, autant les modifier afin de donner plus de poids à l'expérience acquise, au savoir-faire et moins aux connaissances livresques. De ce point de vue, il conviendrait d'adopter un système de recrutement cohérent avec les attentes des employeurs publics plutôt que de procéder par des ajustements à la marge à l'aide de mécanismes destinés à les diversifier. Pour illustrer, la pertinence de la formule du PACTE pour pouvoir des emplois vacants en catégorie C est loin d'être acquise, dès lors qu'elle nécessite des efforts de formation soutenus pour que les contractuels se mettent au niveau des agents recrutés par voie de concours, dont les lauréats sont souvent surdiplômés[2609]. À l'opposé, d'autres mettent en garde contre une remise en cause des « *équilibres fondamentaux de la fonction publique* »[2610], étant entendu que « *la protection qu'apporte le statut aux*

[2605] D. ESTROSI SASSONE, F. GATEL, *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, Sénat, nº 827, 2016, 479-84. V. déjà L. HENART, *Développer les formations en alternance […]*, *op. cit.*, p. 50.
[2606] D. JEAN-PIERRE, « Les contrats d'accompagnement aux concours de la fonction publique », *JCP A*, nº 43, 2017, p. 3-5.
[2607] E. AUBIN, « Contrats de Pacte […] », *op. cit.*, p. 47.
[2608] B. DELAUNAY, M. LE CLAINCHE, H. RIHAL et *al*., « Chronique de l'administration », *op. cit.*, p. 509.
[2609] M. DORNE-CORRAZE (dir.), *L'organisation et le pilotage des recrutements au sein de la fonction publique de l'État*, Rapport du comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, 2008, p. 70.
[2610] E. MARC, « L'utilisation du contrat […] », *op. cit.*, p. 47-53.

fonctionnaires titulaires ne continuera d'apparaître légitime que si, en contrepartie, est maintenue l'exigence du mérite »[2611].

511. La subjectivisation du droit administratif – Plus largement, les mesures de diversification de l'emploi public et des grandes écoles mettent en lumière la confrontation du droit administratif à une notion d'intérêt général devenue multiforme. Jadis « *opposé par nature et par essence aux intérêts privés* »[2612], l'intérêt général semble désormais résulter bien plus d'une « *confrontation des intérêts particuliers* »[2613] dans ce domaine. Sous ce rapport, la compensation des inégalités illustre la subjectivisation croissante de l'ordre juridique et l'individualisation du droit administratif perceptibles dans l'agrégat de critères avec lesquels les pouvoirs publics tentent de saisir la situation personnelle des bénéficiaires[2614]. Le modèle de la diversité ainsi promu vient renouveler les valeurs républicaines, notamment la méritocratie, à l'aune des intérêts particuliers[2615]. Cela n'est pas sans conséquence. Certains auteurs estiment qu'il n'est pas du rôle de la fonction publique de « *faire du social* »[2616], mais de servir l'intérêt général[2617]. D'ailleurs, il n'est pas possible d'intégrer la réduction des inégalités socioéconomiques directement dans les critères de sélection d'accès à la fonction publique[2618]. Le Conseil d'État ne dit pas autre chose en refusant d'envisager le caractère par lui-même discriminatoire du concours[2619] ou de valider les recrutements exclusivement fondés sur des considérations sociales[2620]. Dès lors, la compensation ne peut être qu'accessoire, la différenciation ne pouvant éclipser les exigences du principe d'égale admissibilité aux emplois publics. En revanche, il n'est pas exclu que cette logique inscrite dans les normes relatives à la diversité contribue à le remodeler.

[2611] M. GUYOMAR, « Pas de communication du dossier avant un refus de titularisation en fin de stage », *AJDA*, n° 1, 2004, p. 30 concl. sur CE, sect., 3 décembre 2003, n° 256879.
[2612] J. –L. BODIGUEL, « Pourquoi a-t-on tant besoin d'éthique ? », *Éthique de l'administration et du service public*, n° 1, 2002, p. 11.
[2613] *Ibid.*
[2614] E. AUBIN, *Droit de la fonction publique*, Paris, Gualino-Lextenso, 6e éd., 2015, p. 63. Sur cette question, v. J. –B. AUBY, « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, n° 11, 2001, p. 912-26.
[2615] En ce sens, J. FIALAIRE, « Fonctions publiques et finalités de l'État » *in* J. –C. FORTIER (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Paris, Dalloz, 2014, p. 322. V. *supra* § 482.
[2616] E. AUBIN, « Contrats de Pacte […] », *op. cit.*, n° 46, 2006, p. 47.
[2617] A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 172.
[2618] *Ibid.*, p. 173.
[2619] CE, ss., 22 juin 2007, n° 290173, *Margaret A.*
[2620] CE, ssr., 10 janvier 1986, n° 62 161, *Fédération nationale des travailleurs de l'État CGT* ; CE, ssr., 14 mars 1986, n° 52 793, *Syndicat national des directeurs d'écoles de pédicurie-podologie* ; CE, ssr., 14 février 1990, n° 104275, *Fédération syndicaliste Force Ouvrière de la défense, des industries de l'armement et secteurs assimilés.*

B – Une reconfiguration du principe d'égale admissibilité ?

512. Position du problème – À la lecture des récents rapports au gouvernement sur la politique de diversité dans l'emploi public, l'appareillage juridique du paradigme de la diversité semble en passe d'être redéfini parallèlement à la logique compensatoire, sans toutefois remettre en cause l'attribution d'un avantage spécifique, comme en attestent les nouveaux concours « Talents ». Ainsi que l'a relevé O. Bui-Xuan, la reconfiguration de la diversification des recrutements s'articule autour de la notion d'égale accessibilité aux emplois publics, plutôt qu'avec celle d'égale admissibilité. L'idée est assez limpide dans le rapport d'O. Rousselle sur les écoles de service public et la mission Thiriez sur la haute fonction publique. Déjà en 2015, une convention conclue par deux administrations annonçait ce glissement. Il était possible d'y lire que « *la politique de diversification des recrutements organisés par la fonction publique française* […] *s'inscrit dans une volonté commune et un objectif partagé de favoriser l'accès de toutes et tous aux fonctions et métiers offerts par le service public* »[2621]. Ainsi, tout se passe comme si un basculement « *de l'égale admissibilité aux emplois publics à l'"égale accessibilité" des emplois publics* »[2622] était en train de s'opérer.

513. Les causes – La dynamique puise ses origines dans une série de constats et de réformes sur le recrutement dans l'administration. D'abord, les dispositifs différenciés ne semblent compenser qu'à la marge les inégalités de fait[2623]. Les retombées modestes des mesures sur la diversité ont été sévèrement actées par le Conseil d'État et dans une récente étude statistique de très grande envergure sur les résultats aux concours. Les auteurs y affirment que « *la montée des politiques de diversité dans la fonction publique n'a pas conduit à une réduction dans le temps des inégalités d'accès aux épreuves orales* »[2624]. Ensuite, ce constat accompagne une réflexion de longue date sur l'exigence de capacité, des vertus et des talents. La création des CPI en 2005 faisait déjà écho au débat sur la nature trop académique des concours de

[2621] Al. 5 préambule, MINISTERE DE LA DECENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Conv. cadre « Partenariat pour l'engagement au service des valeurs de la République »*, 26 novembre 2015 (document en possession de l'auteur).
[2622] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique et de la haute fonction publique », *Titre VII*, n° 4, 2020, p. 32.
[2623] V. VIGNE-LEPAGE, « Pourquoi l'accès aux grandes écoles de service public est toujours inégalitaire », *La Gazette des communes*, 21 janvier 2021.
[2624] N. GREENAN, J. LANFRANCHI, Y. L'HORTY et *al.*, « L'analyse des données de concours au regard des discriminations à l'entrée dans la fonction publique d'État », *Centre d'études de l'emploi et du travail*, n° 198, 2019, p. 27.

fonctionnaires[2625]. L'un des objectifs de la révision générale des contenus des concours lancée en 2008 dans le sillage de la RGPP[2626] était justement de diminuer l'académisme de certaines épreuves pour lutter contre le phénomène des surdiplômés qui désavantagent les candidats issus de milieux modestes et de permettre aux « *jeunes issus de l'immigration, d'être plus largement représentés dans la fonction publique* »[2627]. D'abord discrète, la mise en cause publique des concours administratifs a pris un tour retentissant sous l'impulsion du Président Sarkozy[2628]. Entre 2008 et 2009, pas moins de cinq rapports administratifs se sont succédé pour proposer de réformer ce mode de recrutement[2629]. L'intérêt pour les savoir-faire est tel que l'idée de renforcer la professionnalisation des concours est devenue une véritable antienne de la science administrative[2630]. De manière plus générale encore, une réflexion de fond sur la valeur du mérite est perceptible à travers la suspension des règles de concurrence qui caractérisent les différents contrats aidés dans l'emploi public et singulièrement, les contrats de PACTE. Ces dispositifs font des inégalités et des handicaps la source de mérites particuliers[2631]. En faisant primer une logique fonctionnelle sur celle du corps et de cadre d'emploi, ils cherchent à prendre le contrepied des biais sociologiques des concours qui tendent à faire primer les connaissances

---

[2625] Pour une réflexion sur la remise en cause contemporaine de la place de la culture générale dans les concours, v. par ex. J. BOURDON, « De la réforme des concours d'accès à la fonction publique », *AJFP*, n° 3, 2008, p. 113 ; M. FRANGI, « Réflexions sur la place de la culture générale dans les concours », *AJFP*, n° 6, 2009, p. 288 ; G. LEBRETON, « "Mouvementer" les concours de recrutement ? », *AJDA*, n° 26, 2009, p. 1393 ; F. DREYFUS, J. – M. EYMERI-DOUZANS (dir.), « Les concours administratifs en questions » (dossier), *RFAP*, n° 142, 2012, p. 305-611 ; J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut national du service public*, Rapport au Premier ministre, 2021, p. 17.

[2626] F. LAFARGE, M. LE CLAINCHE (dir.), « La révision générale des politiques publiques » (dossier), *RFAP*, n° 136, 2010, p. 775-1063.

[2627] J. –L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, Rapport au ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique et au secrétariat d'État à la Fonction publique, 2008, spéc. p. 124.

[2628] V. d'abord M. POCHARD, *La diversification des modes de recrutement de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État*, Rapport au Premier ministre, 2007 puis N. SARKOZY, *Déclaration sur le projet de modernisation de la fonction publique*, Nantes, 19 septembre 2007 ; N. SARKOZY, *Déclaration sur une politique en faveur de l'égalité des chances et de la promotion de la diversité*, Paris, 17 décembre 2008.

[2629] C. DESFORGES, J. – G. CHALVRON, N. BLAIS, *Rapport de la mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique de l'État*, Rapport au ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, au secrétariat d'État à la Fonction publique et à l'Inspection générale de l'administration, 2008 ; M. DORNE-CORRAZE (dir.), *L'organisation et le pilotage des recrutements au sein de la fonction publique de l'État*, Rapport du comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, 2008, spéc. p. 55 et suiv. ; J. –L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, Rapport au ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique et au secrétariat d'État à la Fonction publique, 2008, spéc. p. 124 ; R. –F. LE BRIS, *Propositions pour une réforme de la formation des agents de l'État*, Rapport au ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique et au Secrétaire d'État chargé de la fonction publique, 2009 ; Y. SABEG, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport au Président de la République, 2009, p. 53.

[2630] V. récemment F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, Rapport au Premier ministre, 2020, p. 31 et suiv. ; O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier ministre, 2017, p. 51-3.

[2631] Sur ces évolutions, v. Y. MICHAUD, « Le mérite une approche conceptuelle », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 15-21.

académiques et à favoriser le recrutement de surdiplômés dont le profil n'est pas nécessairement plus adapté au poste[2632]. Aussi, l'article 6 de la DDHC s'enrichit-il de la valorisation de la capacité professionnelle concrète comme critère d'accès aux emplois publics[2633].

514. Les implications – L'égale admissibilité aux emplois publics correspond à la possibilité donnée à toute personne d'intégrer l'administration. Par rapport à cette conception, l'égale accessibilité des emplois publics opère un renversement de perspectives, puisqu'« *elle impliquerait de lever les obstacles de façon à ce que chacun puisse effectivement – et pas seulement potentiellement – accéder à la fonction publique ainsi que, en cours de carrière, à des emplois supérieurs* »[2634]. Cette démarche est à rapprocher du raisonnement tenu par la Cour de justice à propos de la directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Les juges considèrent qu'« *une égalité de chances effective dans l'accès à l'emploi* »[2635] doit « *déboucher sur une égalité substantielle et non formelle* »[2636]. Pour J. Porta, la Cour vise l'égale capacité à accéder à un emploi[2637], soit la « *mise en capacité* [d'un individu] *à faire les choses qu'il a des raisons de valoriser* »[2638]. Par conséquent, une égalité des chances effective requiert l'aménagement de l'environnement social pour garantir l'égale accessibilité des individus à accéder à certains biens sociaux[2639]. Dans ce cadre, l'aménagement requis est fonction de l'inégalité à conjurer, c'est-à-dire qu'il tient moins aux qualités de la personne que de leur confrontation avec un contexte social inégalitaire[2640]. La démarche ne se réduit pas à la seule compensation des inégalités. Transposé dans l'administration sous le fondement de l'égale accessibilité, ce raisonnement est susceptible de soutenir deux types d'actions pour l'accès aux emplois publics et le déroulement de la carrière selon O. Bui-Xuan : des mesures appliquées de manière indifférenciée à tous, mais aussi des dispositifs différenciés en faveur de publics spécifiques[2641].

[2632] N. GREENAN, J. LANFRANCHI, Y. L'HORTY et *al*., « L'analyse des données de concours […] », *op. cit.*, p. 18-4.
[2633] En ce sens, A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, *op. cit*., p. 178.
[2634] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique […] », *op. cit.*, p. 32.
[2635] CJCE, 10 avril 1984, n° 14/83, *Sabine von Colson*, § 17.
[2636] CJCE, ch., 20 avril 1998, n° 136/95, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) c. Evelyne Thibault*, § 26
[2637] J. PORTA, « Egalité, discrimination, égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2e partie) », *RDT*, n° 6, 2011, p. 354-62.
[2638] A. SEN, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010, p. 284.
[2639] J. PORTA, « Egalité, discrimination, égalité de traitement […] », *op. cit.*, p. 354-62.
[2640] J. PORTA, « Egalité, discrimination, égalité de traitement […] », *op. cit.*, p. 354-62.
[2641] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique […] », *op. cit.*, p. 32.

515. Pendant plus de 15 ans, les pouvoirs publics ont cherché à compenser à la marge les effets d'exclusion du concours, considéré comme le meilleur procédé pour donner les mêmes chances à tous les candidats d'intégrer la fonction publique. Cependant, la faiblesse des actions ciblées pour compenser les inégalités de fait invite l'administration à reconsidérer les modalités mêmes de sélection des concours, de manière à ce que tous les candidats aient effectivement les mêmes chances de les réussir. Encore modestes, ces évolutions tendent vers une approche intégrée de l'égalité, exclusive de toute différenciation des droits[2642]. En amont de la sélection, l'égale accessibilité pourrait nécessiter d'expliciter plus clairement quelles sont les compétences recherchées, ainsi que l'a proposé la mission Rousselle[2643]. La loi du 27 janvier 2017 autorise par ailleurs la collecte de données au sein d'une « base concours », destinées à identifier les profils des candidats de manière à dresser une cartographie des freins qu'ils peuvent rencontrer[2644]. Concernant la sélection proprement dite, il a été proposé de concevoir des épreuves permettant d'évaluer la capacité des candidats et d'apprécier plusieurs fois la même compétence[2645]. À cet égard, le principe du « *différencialisme compensatoire* »[2646] semble coexister avec ce qui ressemble à l'amorce d'une refonte des concours et plus largement, des modalités de sélection dans la fonction publique, organisée autour d'un mot d'ordre, la « *professionnalisation* »[2647]. Les récentes réformes du concours des IRA et des épreuves de classement de sortie des élèves scolarisés à l'ENA/INSP mettent l'accent sur les compétences, notamment au travers d'épreuves de mise en situation professionnelle[2648]. Le projet de révision des concours d'enseignement irait dans ce sens, de même que les réformes à venir dans le cadre

---

[2642] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique […] », *op. cit.*, p. 33.

[2643] O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, *op. cit.*, p. 17. Étant entendu que cela serait sans incidence sur la souveraineté des jurys, dont l'appréciation n'est pas contrôlée par le juge de l'excès de pouvoir (CE, ssr., 9 février 2011, n° 317314, *Piazza*).

[2644] Art. 161, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; décr. n° 2018-114 du 16 février 2018 *relatif à la collecte de données à caractère personnel relatives aux caractéristiques et au processus de sélection des candidats à l'accès à la fonction publique et créant la « Base concours »*.

[2645] O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, *op. cit.*, p. 53 ; F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, *op. cit.*, p. 32.

[2646] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 33 et suiv.

[2647] C. DELACROIX, F. DOSSE, P. GARCIA, « Formation des enseignants : silence, on "réforme" », *Libération*, 23 décembre 2020.

[2648] Art. 4, arr. n° NOR : CPAF1908739A du 28 mars 2019 *fixant les règles d'organisation générale, la nature, la durée, le programme des épreuves et la discipline des concours d'entrée aux instituts régionaux d'administration* ; art. 15, arr. n° NOR : PRMG2034900A du 22 décembre 2020 *modifiant l'arrêté du 4 décembre 2015 modifié portant approbation du règlement intérieur de l'École nationale d'administration* ; ENA, « L'ENA réforme sa scolarité et ses épreuves de sortie à partir de la promotion 2020-2021 », *Communiqué de presse*, 24 décembre 2020. V. ég. les prop. pour modifier l'architecture des concours de l'INSP de façon à les rendre moins académiques, J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut […]*, *op. cit.*, p. 15-9.

du programme « Talents du service public »[2649]. Pour rendre les concours plus accessibles, ces évolutions « *tendent ainsi à faire primer le savoir-faire sur le savoir pur, les "capabilités" – au sens de qualités à l'état embryonnaire susceptibles de s'épanouir – sur les capacités évaluées le jour de l'épreuve* »[2650].

516. Pour autant, l'égale accessibilité ne fait pas l'impasse sur la particularisation de la réponse juridique pour tenir compte des situations spécifiques des candidats et des agents. À la différence des dispositifs compensatoires actuels qui font l'impasse sur le déroulement de la carrière, cette logique se conçoit aussi au cours de l'exercice de l'emploi[2651]. D'abord, pour garantir que l'article 6 de la DDHC offre aux candidats, à compétence égale, une chance égale de réussite, le Conseil d'État a donné son aval au gouvernement pour explorer de nouvelles voies de recrutement différenciées dans la fonction publique[2652]. Mais si le nouveau concours « Talents » prend appui sur des critères socioéconomiques, des mesures fondées sur ce que les individus « sont » ne sont pas exclues. Avec O. Bui-Xuan, il est possible d'imaginer renforcer l'accessibilité des femmes à la haute fonction publique à travers l'extension de l'obligation de nominations équilibrées à toutes les nominations aux emplois supérieurs et pas seulement aux primonominations[2653]. De leur côté, les agents en situation de handicap peuvent bénéficier d'aménagements raisonnables et les employeurs publics ont à leur égard une obligation d'emploi[2654]. Quant à savoir si cette logique pourrait justifier de recourir à d'autres critères de discriminations positives pour diversifier le profil des agents sur d'autres critères, rien n'est moins sûr. L'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales a déjà nécessité deux révisions constitutionnelles, là où l'idée d'un nouvel amendement à la Constitution pour autoriser des politiques valorisant davantage la diversité de la société française a été abandonnée par le Président de la République après avoir reçu un avis défavorable du comité Veil[2655]. Ensuite, d'autres mesures visant à tenir compte des situations particulières qui affectent

---

[2649] C. DELACROIX, F. DOSSE, P. GARCIA, « Formation des enseignants […] », *op. cit.*
[2650] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique […] », *op. cit.*, p. 33.
[2651] *Ibid.*, p. 32.
[2652] P. LABERRONDO, « Exclusif : l'avis du Conseil d'État […] », *op. cit.*
[2653] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique […] », *op. cit.*, p. 32. V. art. 6 *quater*, I, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors*.
[2654] Art. 6 *sexies*, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors* ; art. L. 5212-2 c. trav. et suiv.
[2655] Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 *relative à l'égalité entre les femmes et les hommes* ; art. 1er, Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République* ; S. VEIL, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, 2008, p. 52-64.

certains agents pourraient venir lever les obstacles insidieux qui freinent la diversification des profils dans les carrières des fonctionnaires. L'article 6 *septies* de la loi Le Pors prévoit déjà l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan d'action pluriannuel en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes comprenant notamment des mesures pour remédier aux écarts de rémunération, pour garantir l'égal accès aux nominations et favoriser l'articulation entre activité professionnelle et vie personnelle et familiale[2656]. Sur ce point, s'attaquer à l'impact du genre sur les carrières à hautes responsabilités nécessiterait notamment de diminuer la valorisation du présentéisme et les exigences horaires fortes, de supprimer la mobilité géographique interne et internationale, de lutter contre le poids du congé maternité dans la carrière professionnelle et les inégalités de rémunération, etc.[2657]. Il faut rappeler que la Cour de justice fait de l'articulation entre la vie familiale et la vie professionnelle un « *corollaire naturel de l'égalité de traitement* »[2658] et que la directive 2006/54 exprime la possible pénétration de cette logique dans le cadre de l'égalité entre les hommes et les femmes : « *les États membres devraient* […] *continuer de lutter contre le problème persistant de l'écart de rémunération lié au sexe et de la ségrégation entre sexes, qui est et reste marquée sur le marché du travail, au moyen notamment de réglementations souples en matière de durée du temps de travail qui permettent tant à l'homme qu'à la femme de mieux concilier vie professionnelle et vie familiale. Cela pourrait aussi inclure des réglementations appropriées en matière de congé parental, qui pourraient être revendiquées par l'un et l'autre parents, ainsi que la mise en place d'infrastructures accessibles et abordables en matière d'accueil des enfants et de soins aux personnes dépendantes* »[2659].

517. Appréciation – Considérant ce qui précède, la logique d'égale accessibilité n'est pas sans rappeler le régime juridique du principe de non-discrimination, dès lors qu'il est possible d'y voir une organisation du travail conçue à l'aune d'une égalité concrète considérée comme

---

[2656] Art. 6 *septies*, loi nº 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors*.

[2657] C. MARRY, L. BERENI, A. JACQUEMART et *al*., *Le plafond de verre dans les ministères. Une analyse de la fabrication organisationnelle des dirigeant.e.s*, DGAFP, 2014, p. 16 et suiv. ; C. MARRY, L. BERENI, A. JACQUEMART et *al*., « Le genre des administrations. La fabrication des inégalités de carrière entre hommes et femmes dans la haute fonction publique », *RFAP*, nº 153, 2015, p. 45-68 ; F. DESCAMPS-CROSNIER, *La force de l'égalité. Les inégalités de rémunération et de parcours professionnels entre femmes et hommes dans la fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2016.

[2658] CJCE, ch., 17 juin 1998, nº C-243/95, *Kathleen Hill et Ann Stapleton c. The Revenue Commissioners et Department of Finance*, § 42.

[2659] § 11, exposé des motifs, dir. nº 2006/54/CE du PE et du Conseil du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail*.

le but de la non-discrimination. J. Charruau a montré comment ce principe opère un changement de perspective, en intégrant les traitements différenciés qui relèvent aujourd'hui, au regard de l'égalité, de la dérogation[2660]. Les mesures d'accessibilité aux concours ou à la carrière vont clairement dans le sens d'une « *égalisation* »[2661] qui a pour effet de débusquer et de supprimer les éventuelles discriminations indirectes affectant d'un désavantage concret certaines catégories de candidats ou d'agents. Une telle approche présente aussi l'avantage de pouvoir être étendue aux contractuels. La « *révolution silencieuse que connaît actuellement le droit de la fonction publique consiste* [ainsi] *à injecter du concret (la prise en considération de la diversité des profils sociologiques des agents) dans des dispositifs juridiques identiques pour tous* »[2662]. De ce point de vue, l'égale accessibilité illustrerait la pénétration de la logique de la non-discrimination dans la fonction publique, à deux limites près. D'une part, ce fil de la non-discrimination ne connaît pas les implications qui seraient celles d'un véritable principe de non-discrimination dans le droit positif français, notamment parce qu'il n'admet les dispositifs préférentiels qu'à titre dérogatoire et à aptitudes égales en matière d'accès aux emplois publics[2663]. D'autre part, l'éventail des publics concernés par la logique de l'égale accessibilité à travers les nombreux critères considérés est susceptible de dépasser les motifs de discrimination (bien que l'approche universaliste des critères prohibés tende à relativiser cette étroitesse).

518. La logique d'égale accessibilité véhicule aussi son lot de difficultés. Notamment, « *sur quels critères devra-t-on se fonder pour évaluer lesdites "aptitudes", dès lors que celles-ci sont déconnectées des qualifications théoriques ? Cette logique ne contribue-t-elle pas à ouvrir la porte à l'arbitraire que la conception traditionnelle du principe d'égalité avait vocation à combattre ?* »[2664]. L'introduction d'entretiens de motivation pour accéder aux nouvelles classes préparatoires Talents soulève également des réserves, car elle entraîne des risques de biais sélectifs que les sociologues s'échinent à mettre en lumière[2665]. Pour tout dire, l'impression qui domine est que pour diversifier les publics, il est plus simple de modifier les épreuves de

---

[2660] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Angers, 2017, p. 491.
[2661] J. PORTA, « Egalité, discrimination, égalité de traitement […] », *op. cit.*, p. 354-62.
[2662] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique […] », *op. cit.*, p. 34.
[2663] Cons. const., 24 avril 2004, n° 2003-471 DC, *Loi relative aux assistants d'éducation*, cons. n° 10. Il est renvoyé plus généralement à la thèse de J. Charruau *in La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit*.
[2664] O. BUI-XUAN, « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique […] », *op. cit.*, p. 33.
[2665] V. ég. les prop. pour modifier en ce sens l'architecture des concours de l'INSP, J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut […]*, *op. cit.*, p. 15-9.

sélection pour les adapter au niveau des candidats plutôt que de s'interroger sur les conditions dans lesquelles leur formation initiale est enseignée, notamment dans le secondaire et particulièrement dans les établissements qui accueillent des enfants de milieux populaires[2666]. Ce point de vue invite à recentrer l'analyse sur les limites de la réponse juridique compensatoire.

[2666] Sur ce point, v. M. FRANGI, « Réflexions sur la place de la culture générale dans les concours », *op. cit*.

SECTION 2 – LES LIMITES DE LA REPONSE JURIDIQUE

519. Position du problème – Plan – Les pouvoirs publics et les autres opérateurs de la diversité ont choisi de particulariser la réponse juridique pour diversifier leurs effectifs et ainsi répondre à la persistance d'inégalités socioéconomiques qui favorisent l'homogénéité des profils sociodémographiques. S'il n'est pas contesté que ces iniquités ne permettent pas à tous les individus de jouir de leurs droits de la même manière, ni même qu'une stricte égalité des droits peut accentuer les disparités, l'ouverture à la diversité recherchée à l'aide de différenciations compensatoires n'apparaît pas comme une réponse très solide à ce problème. En effet, la logique compensatoire présente certaines faiblesses (§ 1) auxquelles s'ajoutent les écueils résiduels du procédé de différenciation (§ 2).

§ 1 – Les faiblesses de la compensation

520. Plan – De manière générale, les avantages prévus par les normes relatives à la diversité ont de faibles retombées (A). Au-delà de leur construction, cela tient à leur essence conservatrice (B).

A – Une compensation circonscrite

521. Position du problème – Plan – À première vue, les dispositifs compensatoires semblent remplir leur fonction de diversification des profils socioéconomiques dans l'emploi et les grandes écoles. Le constat n'est pas surprenant, puisqu'ils reflètent les critères de sélection des bénéficiaires. Même les mécanismes de diversification aux ambitions les plus générales semblent produire des effets convaincants sur leurs bénéficiaires[2667]. Toutefois, cet impact positif *in situ* ne saurait faire oublier que la compensation est circonscrite à des effectifs restreints (1) et à des modalités de fonctionnement fragiles (2).

[2667] Par rapport à un groupe témoin de jeunes non accompagnés, les élèves suivis s'orientent autant vers les CPGE que les enfants de cadre, sont deux fois plus nombreux à réussir leur admission dans les filières sélectives et à décrocher un diplôme universitaire. V. K. ANDRE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Dix ans après : quel impact sur les tuteurs et les tutorés ?*, ESSEC, 2012.

1 – Des effectifs restreints

522. État des lieux – Au regard de la faible proportion d'individus concernés, les dispositifs compensatoires portant sur la diversité paraissent davantage relever d'un effet de niche que d'une ouverture significative des recrutements. À propos des Cordées de la réussite, une ancienne ministre de l'Éducation confessait ainsi que les partenariats étaient « *restés relativement en marge du système éducatif* »[2668], avec un impact limité sur le nombre d'élèves concernés ou la réduction des inégalités. Quelques chiffres permettent de s'en convaincre. Si le nombre d'élèves ayant participé à un dispositif intégré aux Cordées de la réussite est conséquent – 80 000 entre 2008 et 2016 –, il ne représente que 1,5 % des 5,5 millions d'élèves que comptent les collèges et lycées français[2669]. Par conséquent, les effets à attendre de ces conventions de partenariat sont forcément très modestes. Ainsi, dans les grandes écoles, les progrès constatés demeurent souvent en deçà des objectifs de 30 % de boursiers qu'avaient fixés les Présidents J. Chirac et N. Sarkozy – objectifs qu'avait endossés la Conférence des grandes écoles – malgré quelques bons élèves[2670]. La ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche et celle des Armées ont d'ailleurs récemment sollicité les directeurs de ces établissements afin qu'ils apportent des solutions nouvelles pour « *améliorer la diversité sociale* »[2671]. Après 18 ans d'existence, les conventions de partenariat PQPM impliquent environ une quinzaine d'établissements et comptabilisent un total de plus de 650 *alumni*[2672]. Cependant, là encore, tous les élèves qui ont suivi le programme PQPM n'ont pas intégré une CPGE ou une grande école et quelques-uns seulement ont finalement rejoint les quelques milliers d'étudiants qu'accueille l'ESSEC[2673]. En dépit d'un nombre également élevé de jeunes admis par la filière des CEP, le même constat s'impose pour la diversification de Sciences Po. En mars 2018, 1 769 étudiants avaient été admis à l'IEP par ce biais, alors que cet établissement comptait plus d'une

---

[2668] N. Vallaud-Belkacem *in* L. BURATTI, « Les dispositifs d'égalité des chances à l'école sont-ils efficaces ? », *Le Monde*, 18 janvier 2016.
[2669] *Ibid.*
[2670] E. POMMIERS, « Dans les grandes écoles, la diversité sociale n'a pas progressé en dix ans », *Le Monde*, 19 janvier 2021 ; C. WONG, « Dans les grandes écoles, la diversité sociale en progrès », *Les Echos*, 17 janvier 2019 ; C. NASCHBERGER, S. GUERFEL-HENDA, « La promotion de l'égalité des chances dans l'enseignement supérieur. Bilan d'expérience de plusieurs grandes écoles », *Management & Sciences Sociales*, n° 22, 2017, p. 153-71 ; C. ANE, « Grandes écoles : l'ouverture sociale progresse à petits pas », *Le Monde*, 30 juin 2015. En 2015, 53,2 % des grandes écoles comptaient plus de 30 % d'étudiants boursiers, contre un tiers de ces établissements cinq ans plus tôt.
[2671] C. STROMBONI, « Mixité sociale dans les grandes écoles : vers des bonus aux concours pour les boursiers », *Le Monde*, 14 octobre 2019.
[2672] V. la page Une Grande Ecole : Pourquoi pas moi ?.
[2673] Près de 6 000 étudiants répartis dans l'ensemble de ses programmes et sur l'ensemble de ses sites. V. ESSEC, *Give meaning to the leadership of tomorrow*, 2019, p. 4.

centaine de lycées partenaires dans 19 académies[2674]. Le poids de cette voie d'admission demeure relativement faible (entre 8 % et 10 % des admis) en comparaison des 4 000 étudiants que l'IEP accueille sur les trois années glissantes que compte son premier cycle universitaire[2675]. Si le dispositif de Sciences Po permet de recruter nettement plus d'élèves issus des catégories populaires, les élèves issus des classes supérieures constituent malgré tout un volume important parmi les admis par les CEP, car la réussite académique reste le critère de sélection dominant[2676].

523. Sans tomber dans une litanie chiffrée, le même constat vaut à propos des dispositifs propédeutiques dans les écoles de service public. Les CPI offraient au total 685 places pour l'année 2016-2017, pour un nombre d'élèves inscrits de 570[2677]. Avec un taux de titularisation des agents passés par une CPI de 70 à 75 % en moyenne, depuis 2009, plus de 2 750 jeunes ont pu être recrutés dans la fonction publique de l'État, dont 309 en 2016, mais cet effectif ne représentait que 5 % du total des recrutements de l'année[2678]. La diversification des voies d'accès aux emplois publics apparaît elle aussi assez modeste. Pour inciter les employeurs à recourir au PACTE, le législateur l'avait assorti d'un régime fiscal avantageux et d'une prime à l'emploi[2679]. Cependant, ce système qui a fonctionné dans d'autres pays n'a pas pris en France[2680]. L'appel d'air escompté n'a pas eu lieu à en juger par le modique nombre de contrats

---

[2674] SCIENCES PO, *Les conventions d'éducation prioritaire. Un dispositif unique*, 2018, p. 2. La liste des lycées partenaires est disponible sur la page Internet de l'IEP dédiée aux CEP.

[2675] V. la page Collège universitaire. Un premier cycle fondé sur les sciences humaines et sociales ; M. OBERTI, A. PAVIE, « Les paradoxes d'un programme d'ouverture sociale : les Conventions Éducation prioritaire à Sciences Po », *L'Année sociologique*, n° 2, 2020, p. 418.

[2676] M. OBERTI, A. PAVIE, « Les paradoxes d'un programme d'ouverture sociale […] », *op. cit.*, p. 403. Néanmoins, ce constat paradoxal ne préjuge pas du niveau global de diversité estudiantine de l'établissement, puisque chaque année des jeunes au profil socioéconomique fragile intègrent l'Institution par la voie de droit commun ou la procédure internationale. Sciences Po accueillait 30 % d'élèves boursiers à la rentrée 2016. V. sur ce point L. BIGORGNE, « De la nécessité de la sélection et de ses modalités », *Pouvoirs*, n° 161, 2017, p. 122.

[2677] CONSEIL D'ORIENTATION DES POLITIQUES DE RESSOURCES HUMAINES, *Mixité sociale, diversité et principe d'égal accès aux emplois publics : quelle ouverture des recrutements dans la fonction publique ?*, DGAFP, 2017, p. 17.

[2678] *Ibid.*, p. 18.

[2679] Art. 6, ord. n° 2005-901 du 2 août 2005 *relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État* ; décr. n° 2005-1055 du 29 août 2005 *relatif à l'exonération des cotisations sociales des contrats dénommés « parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et d'État » pris en application de l'article 6 de l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État* ; B. POLLETI, *Question au ministère de la Fonction publique*, AN, Question écrite avec réponse n° 100647, 25 juillet 2006.

[2680] En Belgique, la disposition Madrane, incluse dans les plans de diversité finance tout recrutement d'au moins 10 % de chômeurs provenant de territoires où le taux de chômage est égal ou supérieur à la moyenne régionale dans l'emploi public régional. V. A. REA, « Les politiques de diversité à Bruxelles : entre politique symbolique et

conclus : seuls 330 PACTE étaient signés chaque année en moyenne en 2016, ce qui représentait environ 3 000 recrutements depuis 2006 – soit 1 % des recrutements externes de la fonction publique d'État[2681]. L'échec manifeste de ce mode de recrutement illustre peut-être les limites d'un droit dérogatoire ciblé et pesant pour les services de gestion des ressources humaines[2682]. La concurrence que représente le recrutement sans concours pour les emplois de catégorie C n'est sans doute pas non plus à négliger[2683]. Pour répondre au faible attrait des employeurs publics pour le PACTE, des objectifs chiffrés à 20 % du nombre total de recrutements sans concours des agents de catégorie C ont été fixés afin de soutenir davantage le recours à ce contrat[2684]. Ce quota devrait en principe accroître l'usage du PACTE, mais d'autres voies d'accès à la fonction publique restent très secondaires. L'objectif de conclure 500 contrats PrAB que s'est fixé le gouvernement pour l'année 2017 caractérise les faibles retombées à envisager de ce dispositif[2685]. D'autres instruments, comme l'apprentissage, présentent des perspectives intéressantes, mais l'impact sur la diversité des profils socioéconomiques des agents est incertain[2686]. Les ADS ou les cadets de la République par exemple contribuent effectivement à faire entrer des jeunes faiblement diplômés dans les effectifs de la police par l'intermédiaire du concours interne, mais paradoxalement, ils favorisent la reproduction de la composition sociale du corps des gardiens de la paix, déjà marquée par une surreprésentation des CSP d'origine populaire, plutôt que sa diversification[2687]. Si ces mesures ont quand même permis à des jeunes des QPV d'intégrer l'institution, leur incidence sur la diversité des effectifs de la police est quantitativement limitée et concerne essentiellement les échelons hiérarchiques inférieurs[2688]. Le cas de figure des ADS soulève alors des interrogations plus larges sur l'architecture de ce type de mesures.

---

action positive » *in* J. RINGELHEIM, G. HERMAN, A. REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 205.

[2681] D. ESTROSI SASSONE, F. GATEL, *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, Sénat, n° 827, 2016, p. 465-8.

[2682] E. AUBIN, *Droit de la fonction publique*, Paris, Gualino-Lextenso, 6e éd., 2015, p. 64.

[2683] L. HENART, *Développer les formations en alternance dans le secteur public*, La Documentation française, Rapport au Premier ministre, 2009, p. 24.

[2684] Art. 162, I, 4° *in fine* ; II, 4 *in fine* et III, 4° *in fine*, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

[2685] R. HAMMADI, *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, AN, n° 3851, 2016, p. 665.

[2686] C. BOULLAND, « Apprentissage : l'heure du bilan », *La Gazette des communes*, 13 août 2021 ; DARES, « L'apprentissage en 2016 – Une stabilisation des entrées dans la construction après sept années de baisse », *Résultats*, n° 57, 2017, p. 1 : 13 400 contrats d'apprentissage ont été conclus dans le secteur public en 2016.

[2687] F. GAUTIER, « Une police "à l'image de la population" ? La question de la "diversité" et le recrutement dans la police nationale », *Migrations Société*, n° 169, 2017, p. 46.

[2688] *Ibid*., p. 48 ; P. SMOLAR, « Une lente amélioration dans la police », *Le Monde*, 23 janvier 2006.

2 – Des modalités fragiles

524. Position du problème – Nonobstant les effectifs visés, les modalités qui soutiennent le procédé compensatoire sont assez limitées. Plusieurs points sont à considérer ici. En premier lieu, les modalités retenues dans les dispositifs relatifs à la diversité dans l'emploi ou l'enseignement supérieur ne bouleversent pas les canons du genre. Si elles ont fait leurs preuves, elles ne renversent pas pour autant la balance des inégalités. En deuxième lieu, quelques imperfections de conception laissent penser que ces mécanismes n'ont pas toujours été pensés sérieusement en amont. En dernier lieu, leur effectivité est souvent conditionnée à l'implication des porteurs de projets.

525. Des modalités d'action classiques – Depuis plusieurs décennies, le droit positif exploite la formule compensatoire à travers des mesures aussi nombreuses qu'hétéroclites. En particularisant la réponse juridique au plus près des réalités sociales, les dispositifs relatifs à la diversité empruntent des voies bien balisées de l'action publique. À cet égard, ces mesures apparaissent comme « *la résultante de recyclages divers* »[2689] réitérant des formules plus anciennes lorsqu'il ne s'agit pas tout simplement de les requalifier. Dans ces conditions, le problème de la diversification se confond avec d'autres enjeux, comme la solidarité ou l'insertion par exemple[2690]. Il reflète également l'imbrication qui existe entre les catégories de l'action publique antidiscriminatoire et celles des politiques de la ville et de l'insertion sociale[2691].

526. À prendre les bourses « Talents »/allocations pour la diversité par exemple, ces aides financières sont des « *mesures archi-classiques* »[2692] qui se rapprochent des bourses sur critères sociaux ou des bourses au mérite. La Direction générale de la gendarmerie nationale a d'ailleurs développé ses propres allocations pour les élèves de la CPI Gendarmerie, ce qui montre au passage que leur régime juridique est aléatoire et qu'il n'y a pas d'uniformité[2693]. De la même manière, les mesures propédeutiques existent depuis longtemps dans l'enseignement secondaire

---

[2689] P. LASCOUMES, « Rendre gouvernable : de la "traduction" au "transcodage". Analyse des processus de changement dans les réseaux d'action publique » *in* J. CHEVALLIER, C. GAUTIER, C. HAROCHE (dir.), *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996, p. 337.
[2690] À propos du PACTE, F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 4e éd., 2017, p. 296.
[2691] L. BERENI, « "Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise". La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, nº 35, 2009, p. 103.
[2692] G. CALVES, « Il y a une autoreproduction malsaine dans la fonction publique », *AJDA*, nº 8, 2005, p. 404.
[2693] G. KOUBI, « La notion de "diversité" en application pour une entrée dans la fonction publique », *Droit cri-Tic*, 2 juillet 2012 ; circ. nº NOR : CPAF2012868C du 5 juin 2020 *relative à la mise en œuvre des allocations pour la diversité dans la fonction publique pour la campagne 2020–2021*, p. 6.

et universitaire[2694]. Sans préjudice de leur efficacité ni de leur bien-fondé, les moyens déployés (tutorat, soutien scolaire, sorties culturelles, etc.) ne sont pas par eux-mêmes très originaux. Les préparations rémunérées aux concours ont été expérimentées dès le début des années 2000[2695]. Les mesures d'information, d'orientation et d'accompagnement en amont de l'entrée sur le marché du travail s'inscrivent également dans une longue succession de dispositifs depuis les années 1990. Le champ de la « *médiation à l'emploi* »[2696] (accompagnement personnalisé à l'emploi, tutorat, formation, offre de stages, etc.) est un poncif des politiques d'insertion professionnelle[2697]. L'aspect novateur fait également défaut aux concours « Talents » en considération du caractère académique de la sélection au détriment d'autres critères plus axés sur les trajectoires de vie individuelles pour évaluer le mérite des candidats[2698]. Quant au PACTE, la situation du bénéficiaire dont la formation en alternance doit permettre l'intégration en tant que fonctionnaire titulaire sans concours après vérification des aptitudes évoque celle des stagiaires[2699]. Le choix du contrat n'est pas non plus sans rappeler le système de recrutement contractuel des travailleurs handicapés établi depuis 1987 et donnant vocation à être titularisé dans un corps ou cadre d'emploi de la fonction publique[2700]. Le contrat PrAB, reprend aussi le principe du contrat de professionnalisation et du contrat d'apprentissage[2701]. Enfin, certaines mesures, comme les contrats aidés et les contrats

---

[2694] J. SIMON, G. SOLAUX, « École et égalité des chances » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 245.

[2695] Circ. n° 2000-29 du 20 novembre 2000 *concernant la mise en œuvre expérimentale de préparations rémunérées aux concours d'accès à la fonction publique au bénéfice des demandeurs d'emploi des quartiers prioritaires de la politique de la ville* ; circ. n° 2001-20 du 11 juillet 2001 *concernant la mise en œuvre du programme 2001 de préparations rémunérées aux concours d'accès à la fonction publique au bénéfice des demandeurs d'emploi des quartiers prioritaires de la politique de la ville*.

[2696] M. DOYTCHEVA, *Une discrimination positive à la française ? Ethnicité et territoire dans les politiques de la ville*, Paris, La Découverte, 2007, p. 128.

[2697] *Ibid.*, p. 128. V. par ex. circ. n° 93-672 du 26 janvier 1993 ; circ. n° 95-17 du 27 juillet 1995 *relative aux réseaux de parrainage pour accompagner les jeunes en difficulté d'insertion vers les entreprises* ; circ. n° 99-164 du 15 mars 1999 *relative à la mise en œuvre de la campagne 1999 de parrainage pour accompagner les jeunes en difficulté d'insertion professionnelle vers l'emploi* ; DIV, DPM, DGEFP, FAS, *Lutte contre les discriminations raciales sur le marché du travail. Contrats de ville du XII^e plan*, 2000 ; circ. B10 n° 417 du 19 juillet 2007 *sur la mise en œuvre de l'opération « Parrainage pour la fonction publique »*.

[2698] O. BUI-XUAN, « Quelle diversification sociale pour la haute fonction publique ? », *AJDA*, n° 18, 2021, p. 1006-12.

[2699] D. JEAN-PIERRE, « Les contrats de Pacte dans la fonction publique : du pré-recrutement à la titularisation », *JCP A*, n° 39, 2005, p. 1454-59.

[2700] Art. 3, 4 et 5, loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 *en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés*, auj. art. 27, II, loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ; art. 38, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* ; art. 27, II, loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière*.

[2701] E. AUBIN, « Contrats de Pacte : des contrats d'emploi novateurs dans la fonction publique », *Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats publics*, n° 46, 2006, p. 48 ; J. BOURDON, « Fonction publique

d'apprentissage, ont été placées *a posteriori* et de manière opportune sous la bannière de la diversité. Il y a là une autre convergence avec les États-Unis où « *la complexité du discours de la diversité* […] *apparaît* […] *comme la requalification* [de] *politiques d'égalité* »[2702].

527. L'inadaptation du cadre réglementaire – Dans un autre ordre d'idées, jusqu'à il y a peu, la crédibilité de ces dispositifs et la volonté politique d'investir sérieusement ces voies pouvaient être mises en doute devant certaines lacunes de conception qui se sont révélées à l'usage. Il en va ainsi notamment du cadre réglementaire inadapté des anciennes CPI intégrées aux écoles de service public. En principe, les personnes qui suivaient ce cursus avaient le statut d'étudiant selon une circulaire de 2010[2703]. Bien que cette préparation était considérée comme un cycle d'études supérieures, elle était confiée à des écoles de service public qui ne disposaient pas du statut d'établissement d'enseignement supérieur. Or, sans cette qualité, elles n'étaient pas habilitées à conférer le statut d'étudiant aux préparationnaires de ces classes. À leur début, certains établissements se sont ainsi retrouvés à « *"produire" des élèves sans statut* »[2704]. Cette situation a donné lieu à quelques circonvolutions pour permettre aux préparationnaires d'obtenir le statut d'étudiant et les droits s'y rapportant. Certaines écoles ont mutualisé la préparation en concluant des conventions de partenariat avec des universités habilitées à délivrer le statut d'étudiant[2705]. Toutefois, il n'y a pas d'uniformité de statut des élèves en classes préparatoires des écoles de service public. Certaines n'ont investi aucun moyen pour permettre aux préparationnaires d'avoir le statut d'étudiant, d'autres l'ont fait sous des formes variées[2706]. En tout état de cause, le système demeurait assez instable, obligeant parfois les écoles à envisager des alternatives sur le tard à défaut d'une désolidarisation des classes de ces établissements[2707]. Dans la même veine, la qualité de demandeur des CPI était sujette à caution,

territoriale et plan d'urgence pour l'emploi », *RGCT*, nº 36, 2005, p. 357 ; A. TAILLEFAIT, « La loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté : "impression, soleil couchant" », *AJFP*, nº 4, 2017, p. 195-8.

[2702] E. BERREY *in* L. BERENI, « La diversité en discours et en pratiques. À propos de : Ellen Berrey, The Enigma of Diversity : The Language of Race and the Limits of Racial Justice, Chicago », *La vie des idées*, 22 janvier 2016. V. par ex. J. E. KELLOUGH, K. C. NAFF, « Responding to a Wake-up Call: An Examination of Federal Agency Diversity Management Programs », *Administration Society*, nº 1, 2004, p. 62-90.

[2703] Circ. nº NOR : BCFF1005782C du 25 février 2010 *relative à la situation des étudiants des classes préparatoires intégrées mises en place par les écoles du réseau des écoles du service public (RESP) au regard du bénéfice des prestations des œuvres universitaires et scolaires*.

[2704] F. EDEL, « La classe préparatoire intégrée de l'ENA mise au défi de compenser les inégalités des chances devant le concours externe », *RFAP*, nº 153, 2015, p. 153-4.

[2705] Par ex. la CPI de l'ENA avec l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'ENS. V. *Ibid*., p. 154.

[2706] Les CPI des IRA s'affilient avec les IPAG des universités présentes dans la ville siège. V. *Ibid*.

[2707] La CPI de l'EHESP de Rennes avait conclu une convention de partenariat avec l'IPAG de Rennes qui n'a pas été reconduite en 2012. Celle de l'ENAP conclue avec l'Université de Bordeaux n'ayant pas été reconduite à partir de 2013, l'École a passé une convention avec l'Université de Toulouse capitole. V. *Ibid*. V. aussi les propositions de F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, *op. cit*., p. 37.

en raison de circulaires qui semblaient restreindre leur accès à ces personnes. Les textes réglementaires indiquaient que « *la sélection des candidats tient compte de leurs ressources et de celles de leurs parents* »[2708], sans considération pour la qualité du demandeur (étudiant, demandeur d'emploi, actif ayant un emploi). Une candidate ayant un emploi a ainsi été déclarée admissible lors de la procédure de recrutement de 2014 à la CP'ENA[2709]. Pourtant, les circulaires précitées restreignaient l'accès à ces classes aux seuls étudiants et demandeurs d'emploi, ce qui fait planer un doute sur leur légalité interne[2710]. Ce cas de figure rejoint celui du critère territorial qui était parfois évoqué dans les circulaires administratives, alors même qu'il n'était pas prévu dans les dispositions légales et réglementaires[2711]. L'arrêt du 5 août 2021 relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » a le mérite de tenter d'harmoniser ces mesures autour d'un dispositif commun[2712]. Sa mise en pratique dans les prochains mois permettra de prendre la mesure de la consolidation de ces modalités de fonctionnement.

528. Une effectivité conditionnée à la participation des acteurs – Du point de vue des structures qui assurent le portage des actions, l'adhésion aux normes relatives à la diversité apparaît comme un élément essentiel, sinon indispensable à leur réalisation. En effet, leurs modalités de mise en œuvre reposent en grande partie sur le volontariat des acteurs[2713]. L'essentiel du pilotage des dispositifs et parfois même l'initiative dépend de l'implication des opérateurs de la diversité. Cet aspect résulte de mécanismes juridiques non imposés, souvent de nature partenariale, qui laisse une importante marge de manœuvre pour y recourir et les appliquer. Certaines mesures n'existent qu'au travers de la volonté des acteurs de terrain, qu'ils soient porteurs de projets ou simples partenaires. D'autres dépendent pour leur efficacité du

---

[2708] Par ex. art. 3, arr. n° NOR : BCFF0908298A du 18 mai 2009 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire pour l'accès aux concours externes ou aux troisièmes concours des instituts régionaux d'administration* ; art. 3, arr. n° NOR : BCFF0910900A du 18 mai 2009 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire pour l'accès au concours externe de l'École nationale d'administration*.

[2709] V. F. EDEL, « La classe préparatoire intégrée de l'ENA […] », *op. cit.*, p. 148, NBP n° 37.

[2710] II, circ. n° NOR : MTSF1021025C du 19 mai 2010 *relative aux Classes préparatoires intégrées* ; circ. n° NOR : RDFF1528077C du 8 mars 2016 *relative au renforcement du dispositif des classes préparatoires intégrées*, p. 2-3.

[2711] V. *supra* § 492 et suiv.

[2712] Arr. n° NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » préparant aux concours d'accès à certaines écoles ou organismes assurant la formation de fonctionnaires ou de magistrats de l'ordre judiciaire*.

[2713] Largement souligné au demeurant. V. par ex. Y. BODIN, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires culturelles par la mission d'information portant sur la diversité sociale et l'égalité des chances dans la composition des classes préparatoires aux grandes écoles*, Sénat, n° 441, 2007, p. 83 ; Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier ministre, 2016, p. 54.

bon vouloir des employeurs et des responsables, parfois désignés comme des « *parrains* »[2714] pour souligner cette relation de dépendance. Ce constat vaut pour les personnes privées, mais aussi pour les personnes publiques. Par exemple, un employeur public n'a pas l'obligation de recourir aux divers contrats de diversification qui s'offrent à lui. Le législateur met à sa disposition un ensemble d'outils de recrutement dont il est libre d'user ou non. Ainsi, pendant longtemps, l'apprentissage n'a pas convaincu les administrations publiques eu égard au faible volume de contrats conclus avant 2014[2715]. Parfois, la lourdeur et la complexité de ces mesures poussent les recruteurs à y renoncer, comme pour le PACTE (contraintes matérielles et financières en matière de formation, de tutorat, risque d'erreurs de « casting », etc.). De la même manière, il arrive qu'il soit mis fin à des conventions de partenariat entre une grande école et un établissement du secondaire, simplement à la suite du renouvellement d'une équipe de direction[2716]. Le déroulement de la mission menée par O. Rousselle dans les écoles de service public a pour sa part relevé une mobilisation inégale de ces établissements[2717]. Alors qu'une partie des écoles s'est impliquée dans la démarche, d'autres ne l'ont pas fait, voire ont manifesté leur réticence ou leur scepticisme à l'égard de la pertinence des mesures portant sur la diversité[2718]. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que le gouvernement ait souhaité créer un appel d'air en ouvrant plus largement l'hébergement des classes « Talents » que ne le faisait l'ancien dispositif des CPI basé sur un cadre réglementaire, école par école[2719]. Le cahier des charges de ce nouveau dispositif spécifie qu'elles font l'objet d'un appel à manifestation d'intérêt et que « *peuvent faire acte de candidature toutes les formations implantées au sein d'établissements publics d'enseignement supérieur (EPSCP dont universités, grands établissements et autres, et EPA n'ayant pas la qualité d'EPSCP comme les IEP) et les écoles de service public (ESP)* »[2720]. Le principe du volontariat figurait déjà dans le décret du 3 mars 2021 instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles

---

[2714] M. G. BRUNA, « L'heptagone de la diversité : dynamiques stratégiques et jeux d'acteurs dans la conduite d'une politique de diversité », *Management & Sciences Sociales*, n° 17, 2014, p. 72-3.
[2715] DGAFP, « Les nouveaux apprentis dans la fonction publique en 2017 », *Stats rapides*, n° 39, 2018.
[2716] L. BURATTI, « Les dispositifs d'égalité des chances à l'école sont-ils efficaces ? », *Le Monde*, 18 janvier 2016.
[2717] O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier ministre, 2017, p. 11.
[2718] *Ibid.*, p. 13.
[2719] V. par ex. arr. n° NOR : MCCC1010820A du 20 mai 2010 *relatif à la mise en place d'une classe préparatoire intégrée pour l'accès aux concours externes de recrutement des élèves conservateurs du patrimoine (Institut national du patrimoine).*
[2720] DGAFP, *Classes préparatoires Talents du service public. Cahier des charges*, 2021, p. 1. V. ég. art. 1er arr. n° NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » […]*, *op. cit.* ; arr. n° NOR : TFPF2109360A du 24 mars 2021 *fixant la liste des préparations ouvrant droit à l'inscription aux concours externes spéciaux d'accès à certaines écoles de service public prévue à l'article 25 du décret n° 2021-239 du 3 mars 2021 instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles de formation y préparant.*

de formation y préparant, même si la participation des cinq écoles de service public visées par ce texte ne faisait guère de doute[2721]. Ainsi, le nouveau dispositif étend la couverture territoriale et augmente les effectifs de ces classes, autant qu'il intensifie la logique volontaire et partenariale, non sans rappeler le fonctionnement de la corégulation en suscitant, en confortant et en coordonnant les actions des acteurs, au risque de favoriser les aléas et les disparités.

529. Derrière la question de l'implication des acteurs, l'enjeu est peut-être aussi celui de leur capacité à œuvrer en faveur de la diversité. Dans les filières d'excellence de l'enseignement supérieur, le bénéfice des conventions de partenariat semble limité aux moyens de la structure porteuse et à ceux de ses partenaires. La mobilisation des ressources humaines, matérielles et financières est naturellement conditionnée, ce qui freine l'extension et l'impact de ces appareils (la prise en charge des élèves se fait essentiellement dans les locaux de l'établissement d'enseignement supérieur, les équipes pédagogiques et les élèves ne peuvent se déplacer que dans un rayon limité, le coût par élève est important, etc.[2722]). Cet impact matériel, financier et humain a pour effet de réserver ces actions aux institutions les plus éminentes[2723]. Les grandes écoles ont conscience de ces limites et proposent actuellement d'autres expérimentations, notamment dans le numérique, afin d'élargir la portée de leurs actions[2724]. Au fond, ce décalage potentiel entre les moyens et les fins poursuivies interroge plus largement la logique de ces dispositifs.

B – Une compensation illusoire ?

530. La barrière du concours – Le succès de l'entreprise de diversification est souvent conditionné à la réussite d'un concours qui demeure dans la plupart des cas un passage obligé pour devenir fonctionnaire, entrer dans une CPGE ou une grande école. Or, les enquêtes PISA révèlent depuis plusieurs années maintenant que la France est l'un des pays où les résultats

---

[2721] Art. 3 décr. nº 2021-239 du 3 mars 2021 *instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles de formation y préparant*.
[2722] V. C. DARDELET, T. SIBIEUDE, F. HERVIEU-WANE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Le droit au mérite*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 82 ; IV, circ. nº 2005-148 du 22 août 2005 *relative à la mise en œuvre de la charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence*. V. à ce sujet les propositions *in* M. HIRSCH (dir.), *Rapport du Comité stratégique « Diversité sociale et territoriale dans l'enseignement supérieur »*, Rapport au ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation, 2020, p. 9-10.
[2723] Y. BODIN, *Rapport d'information […]*, *op. cit.*, p. 93-4.
[2724] V. par ex. M. MEZARD, P. MOGNOL, J. –F. PINTON et *al*., *Diversité sociale dans les Écoles normales supérieures*, Rapport à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche et à la ministre des Armées, 2019 ; E. LABAYE, *Synthèse sur la mission de diversité sociale par l'École Polytechnique*, Rapport à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche et à la ministre des Armées, 2019 ; programme « TrouveTaVoie » de l'ESSEC ; doublement des établissements conventionnés à Sciences Po.

académiques d'un élève de 15 ans sont les mieux expliqués par son origine sociale[2725]. Par conséquent, le procédé parachève un phénomène de filtrage social en sélectionnant une ultime fois les candidats déjà sursélectionnés tout au long de leur scolarité, en particulier par des concours réputés très sélectifs qui désavantagent les candidats issus de milieux modestes, même lorsqu'ils ont bénéficié d'un dispositif d'accompagnement[2726]. En 2017, sur plus de 600 étudiants admis à Sciences Po par la voie des CEP depuis 2001, seuls deux avaient réussi à intégrer l'ENA ou le ministère des Affaires étrangères[2727]. Les retours sur les CPI pointent un taux de réussite aux concours préparés par les écoles très variables. La même année, il était de 24 % pour les CPI de l'ENM, 17 % pour l'ENSP, mais 4 % seulement à l'ENA[2728]. Avec seulement sept réussites en 10 ans, la surreprésentation des admis passés par la rue Saint-Guillaume se maintient pour l'École strasbourgeoise[2729]. En 2019, seul 1 % des élèves de l'ENA étaient enfants d'ouvriers, contre 4 % en 2006[2730]. Entre les candidats et les lauréats, il y a donc une déperdition d'individus dont les parents appartiennent à des catégories socioprofessionnelles modestes ou intermédiaires, quand bien même la diversification des voies d'accès à la fonction publique et aux établissements de l'enseignement supérieur d'excellence aurait permis d'élargir le vivier de candidats[2731]. F. Edel en déduit que « *s'il semble possible, l'année précédant le concours externe, de compenser l'inégalité des conditions financières et matérielles de préparation du concours, en revanche il est plus difficile de combler, en une seule année, des inégalités de capital scolaire apparues dès le lycée, et sans doute déjà dès l'école primaire. Un dispositif qui intervient à la toute fin d'un long parcours, juste avant de franchir la ligne d'arrivée, peut-il compenser un écart qui a commencé à se creuser déjà en amont ?* »[2732]. Le constat pointe du doigt les limites de mesures pédagogiques, complétées par une expérience professionnelle le cas échéant, opérant *ex tempore* dans un système encore

[2725] V. MORAIN, « Enquête PISA 2018 : l'école française toujours aussi inégalitaire », *Le Monde*, 3 décembre 2019.
[2726] M. HIRSCH (dir.), *Rapport du Comité stratégique « Diversité […] »*, *op. cit*., p. 16. Sur cette question, v. A. ALLOUCH, *La Société du concours. L'empire des classements scolaires*, Paris, Seuil, 2017.
[2727] L. BIGORGNE, « De la nécessité de la sélection et de ses modalités », *op. cit.*, p. 121.
[2728] F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, *op. cit*., p. 38.
[2729] *Ibid*., p. 10 (néanmoins, les taux de réussite à d'autres concours s'élèvent à 17 % pour la même année) ; F. EDEL, « La classe préparatoire intégrée de l'ENA […] », *op. cit.*, p. 156-8 ; M. LOMBARD, « L'ENA, école de la diversité ? », *AJDA*, nº 5, 2009, p. 225.
[2730] LE MONDE, « Fonction publique : un pas symbolique vers la diversité », *Le Monde*, 11 février 2021. 3% en 2020-2021. V. MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance nº 2021-238 du 3 mars 2021 favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public*, 2021.
[2731] F. EDEL, « La classe préparatoire intégrée de l'ENA […] », *op. cit.*, p. 149-50. L'auteur présente des données chiffrées à l'appui de son propos.
[2732] *Ibid.*, p. 162.

largement dominé par les savoirs et les savoir-faire académiques[2733]. L'élargissement du vivier des classes préparatoires « Talents » ou le concours « Talents » en lui-même n'inverseront pas ce rapport des choses. Preuve de cette faiblesse, sitôt créé, il est déjà proposé d'amender ce dispositif pour en faire un quatrième concours à part entière et non plus un premier concours avec des places réservées, de façon à élever leur nombre jusqu'à une quinzaine[2734]. Et tout cela sans compter l'ambiguïté manifeste du recrutement externe des collectivités territoriales ou du troisième concours en général. O. Rousselle insiste sur les injonctions contradictoires dans lesquelles sont prises les administrations et les écoles de service public. D'un côté, elles doivent rechercher des profils qui présentent une forte motivation et qui correspondent au plus près des attentes pour le poste à pourvoir. D'un autre, elles doivent élargir leurs sources de recrutement et diversifier le profil des personnes recrutées, sans discriminer[2735].

531. Une fois l'obstacle du concours franchi, l'insertion professionnelle des étudiants ayant bénéficié de l'appui d'une norme compensatoire portant sur la diversité ne sera pas toujours aisée. La réussite à un concours n'établit pas l'égalité des chances entre les lauréats, notamment entre ceux qui ont réussi un concours externe et ceux passés par une voie spécifique, à plus forte raison alors que des mesures ne sont pas toujours prévues pour les accompagner ensuite[2736]. Ces « *déplacés sociaux* »[2737] risquent de se heurter à de nouveaux obstacles, peut-être plus insidieux encore face à l'arbitraire et à la subjectivité des recruteurs. Les discriminations, la concurrence de leurs pairs souvent surdiplômés et qui n'ont pas emprunté une voie aménagée sont autant de nouvelles barrières qui se dressent devant ces personnes. À cet égard, il y a fort à parier que les inégalités socioéconomiques continueront de peser dans les trajectoires de carrière de ces individus.

532. Un creusement des inégalités ? – Ces réflexions conduisent à interroger les implications sous-jacentes de l'égalité des chances. Les dispositifs relatifs à la diversité ne concernent qu'un petit nombre d'institutions et de postes, souvent très sélectifs. Ils « *se focalisent sur la pointe de la pyramide* »[2738]. En outre, la diversification des profils des étudiants

---

[2733] C. DARDELET, T. SIBIEUDE, F. HERVIEU-WANE, *Une grande école […]*, *op. cit.*, p. 60.
[2734] J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut […]*, *op. cit.*, p. 13.
[2735] O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier ministre, 2017, p. 21.
[2736] C'est le cas not. des concours « Talents ». Sur cette appréciation v. O. BUI-XUAN, « Quelle diversification sociale pour la haute fonction publique ? », *op. cit.*, p. 1006-12. *Contra*, C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles. Livre blanc des pratiques. Premiers résultats et perspectives*, CGE, 2010, p. 39.
[2737] O. MASCLET, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 78.
[2738] D. GUILBAUD *in* J. GOURDON, M. MILLER, L. IRIBARNEGARA, « Les dispositifs d'égalité des chances des grandes écoles se focalisent sur la pointe de la pyramide », *Le Monde*, 28 juin 2019.

et des agents débouche sur une simple « *égalisation des chances et non sur une égalité absolue des chances* »[2739]. Inéluctablement, cette ouverture ne peut être que d'efficacité limitée, car elle ne remet pas en cause l'inégalité de l'offre scolaire ou de l'offre d'emploi[2740]. Les critiques se concentrent sur les grandes écoles, mais elles valent aussi pour les dispositifs compensatoires développés dans l'emploi public[2741]. Les établissements d'enseignement supérieur d'excellence ne sont pas représentatifs du tissu éducatif français. Ces établissements sont le miroir inversé du premier cycle universitaire, dont l'accès est de droit avec la possession du Baccalauréat. Par conséquent, les dispositifs comme les CEP favorisent surtout « *la diversité d'une "hyperélite"* »[2742], Sciences Po ayant d'ailleurs été pendant longtemps la seule institution à avoir l'autorisation expresse du législateur pour adopter des modalités d'admission particulières destinées à assurer un recrutement diversifié[2743]. Certes, le nouvel article L. 611-1 du Code de l'éducation impose aux établissements de l'enseignement supérieur de mettre en œuvre des modalités particulières d'admission destinées à assurer un recrutement diversifié des étudiants, mais à nouveau ce dispositif ne bénéficiera qu'à une poignée d'élèves par zone géographique. Malgré les effets d'entrainement sur l'intégralité des établissements concernés et la tendance à l'accroissement des conventionnements, peu d'individus reçoivent un soutien. Par conséquent, les collégiens et lycéens qui ne résident pas dans des zones géographiques prioritaires, qui ne sont pas scolarisés dans ces espaces ou même sélectionnés au sein de leur établissement, sont tenus à l'écart du bénéfice de ces mesures compensatoires. Le constat est identique pour l'accès à l'emploi public des personnes qui ne sont ni des jeunes ni en seconde partie de carrière ou qui ne perçoivent pas de minima sociaux, mais qui connaissent des situations précaires. En outre, la question de la démocratisation ne doit pas faire oublier que la massification de l'accès à l'enseignement supérieur n'est pas synonyme de démocratisation du second cycle universitaire et plus encore de la réussite dès le premier cycle[2744]. Ces expériences interrogent plus largement le système français dual d'enseignement supérieur, où cohabitent les universités et les grandes

---

[2739] M. BORGETTO, « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 135.
[2740] F. DUBET, *Les places et les chances : repenser la justice sociale*, Paris, Éd. du Seuil, 2010, p. 111.
[2741] V. par ex. récemment S. NIQUEGE, « Le choix de l'illusion », *AJFP*, n° 2, 2021, p. 57.
[2742] C. DARDELET, T. SIBIEUDE, F. HERVIEU-WANE, *Une grande école […]*, *op. cit.*, p. 59.
[2743] V. *supra* § 463. Toutefois, il faut rappeler que la création des IEP en 1945 avait pour vocation d'offrir un vivier potentiel aux recrutements de la fonction publique. V. exposé des motifs, ord. n° 45-2283 du 9 octobre 1945 *relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires*.
[2744] C. DARDELET, *Ouverture sociale des grandes écoles […]*, *op. cit.*, p. 52. À cet égard, un rapport récent propose d'étendre les dispositifs relatifs à la diversité aux universités. V. M. HIRSCH (dir.), *Rapport du Comité stratégique « Diversité […]*, *op. cit.*, p. 12.

écoles recrutant par voie de concours et offrant des perspectives d'emplois supérieurs à celles-ci.

533. Les « *oubliés de l'égalité des chances* »[2745] glissent peu à peu des catégories les plus populaires et les plus stigmatisées vers qui tous les dispositifs sont tournés, à celles plus nombreuses qui constituent la grande majorité des classes modestes et moyennes[2746]. Cet agencement donne à voir une vision très polarisée de la société (beaux quartiers et lycées prestigieux versus quartiers très populaires de banlieue, qualité et sécurité de l'emploi versus chômage et précarité, etc.). Les dispositifs sur la diversité agissent sur l'égalité des chances de quelques individus d'intégrer un établissement scolaire prestigieux, de réussir un concours renommé ou de rejoindre une entreprise, mais ne produisent qu'un effet très marginal sur les injustices spatiales et sociales à l'échelle sociétale[2747]. Pour F. Dubet, s'il est bon que tous les membres de la société « *soient présents dans les élites dirigeantes, il est vraisemblable que cela n'améliorera guère la condition de ceux qui sont massivement condamnés aux travaux épuisants et mal payés du BTP* »[2748]. De ce point de vue, les mesures de diversification révèlent paradoxalement le poids des inégalités qui affectent la société. La prise en charge de ces disparités au lycée ou sur le marché du travail arrive tardivement par rapport à une chaine des inégalités qui commence à se construire dès le primaire[2749]. La diversification touche les limites du système scolaire, dans la mesure où il est admis avec cynisme que l'enseignement, spécialement dans les établissements de la géographie prioritaire, est impuissant à offrir à tous des chances de réussite éducatives satisfaisantes. Preuve de cette aporie, il a même été envisagé de renforcer la sélectivité de la CP'ENA « *par la mise en place d'une épreuve écrite dans le processus de sélection des candidats* […] *afin de s'assurer que les candidats ne soient pas trop éloignés des exigences du concours* »[2750]. La voie « Talents » – comme auparavant les CPI – ne dément pas ce constat, puisqu'elle repose sur une double sélection, lors de la candidature au cycle de formation, puis au moment du concours. Finalement, les actions menées pour faire advenir une diversité sociodémographique ressemblent à un « *combat perpétuel, car jamais*

[2745] Y. SABEG, L. MEHAIGNERIE, *Les oubliés de l'égalité des chances*, Paris, Hachette Littérature, 2006.
[2746] M. OBERTI, « Politique "d'ouverture sociale", ségrégation et inégalités urbaines : le cas de Sciences Po en Île-de-France », *Sociologie*, n° 3, 2013, p. 269-89.
[2747] *Ibid*.
[2748] F. DUBET, *Les places et les chances : repenser la justice sociale*, *op. cit*., p. 76.
[2749] C. DARDELET, T. SIBIEUDE, F. HERVIEU-WANE, *Une grande école […]*, *op. cit*., p. 34 ; F. LARAT, « Le dernier maillon dans la chaîne des inégalités ? Les particularités du profil des élèves de l'ÉNA », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 103-24.
[2750] V. ENA, *Contrat d'Objectifs et de Performance 2017-2019*, p. 13.

achevé »[2751]. Paradoxalement, elles semblent même contribuer à reproduire ou créer de nouvelles inégalités, entre les individus et les territoires[2752]. Plutôt que l'école des besoins éducatifs particuliers, ne vaudrait-il pas mieux bâtir une école de la norme scolaire pour tous[2753] ? À tout le moins, ne serait-il pas plus pertinent d'ouvrir ces dispositifs à l'ensemble des individus remplissant des critères sociaux souhaitant en bénéficier[2754] ?

534. La critique du caractère conservateur de l'égalité des chances – À bien des égards, la réponse juridique compensatoire ressemble à un compromis entre un système démocratique d'égalisation des conditions socioéconomiques et un système productiviste intrinsèquement inégalitaire. Le choix des outils dérive des termes qui les inspirent et celui-ci n'est jamais neutre. « *Quand les hommes ne peuvent plus changer les choses, ils changent les mots* »[2755] disait Jaurès. Derrière l'image idyllique d'une société diversifiée où prospère l'égalité des chances, la compensation des inégalités aurait pour certains pour effet d'assurer « *la reproduction du système économique* [qu'elle contribue] *à légitimer aux yeux mêmes des dominés* »[2756]. Sous cet angle, l'ouverture du vivier des concurrents renforce la justice et la compétition et *in fine*, l'idéologie méritocratique elle-même. Pour la sociologue de l'éducation M. Duru-Bellat, « *on supporte d'autant mieux les inégalités (notamment face à l'emploi) qui perdurent et s'accroissent qu'on se dit que les injustices les plus flagrantes ont été rognées* »[2757]. Ainsi, ces mesures s'accommodent tant bien que mal du développement des inégalités[2758]. Elles confortent même « *imperceptiblement les situations nées de l'exclusion* »[2759], à plus forte raison en considération de l'attention politique et médiatique focalisée sur les élites[2760]. D'autres auteurs ont emprunté à l'historien A. Robert la notion de « *démo-élitisme* »[2761] pour désigner

---

[2751] M. BORGETTO, « Équité, égalité des chances […] », *op. cit.*, p. 135.
[2752] V. par ex. M. OBERTI, A. PAVIE, « Les paradoxes d'un programme d'ouverture […] », *op. cit.*, p. 403 et suiv.
[2753] M. ARMAGNAGUE-ROUCHER, J. –F. BRUNEAUD, « Introduction. Populations minorisées et justice scolaire : quelques enjeux pour les populations migrantes ? », *Les cahiers de la LCD*, n° 2, 2016, p. 21.
[2754] En ce sens O. BUI-XUAN, « Quelle diversification sociale pour la haute fonction […] », *op. cit.*, p. 1006-12.
[2755] Cité par M. –S. ABOUNA, P. BRUNO, « Réception et représentations de la notion de diversité : perspective » *in* P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 11.
[2756] Y. POIRMEUR, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 107.
[2757] M. DURU-BELLAT, « La discrimination positive et l'égalité des chances », *La vie des idées*, 2011.
[2758] F. DUBET, *Les places et les chances : repenser la justice sociale*, *op. cit.*, 4e de couverture.
[2759] G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? » *in* G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 81.
[2760] P. PASQUALI, *Passer les frontières sociales. Comment les « filières d'élite » entrouvrent leurs portes ?*, Paris, Fayard, 2014, p. 10.
[2761] A. ROBERT, « La Quatrième République et les questions de l'égalité et de la justice dans l'enseignement du second degré : le changement sans la réforme », *Revue française de pédagogie*, n° 159, 2007, p. 86.

cet « *élargissement du recrutement dans un dispositif demeurant résolument inégalitaire* »[2762]. Par suite, la finalité des normes compensatoires consiste moins à garantir la diversité des origines sociales qu'à augmenter à la marge la part des personnes d'origine modeste, sans exclure, le cas échéant, des individus issus des mêmes espaces et d'origine sociale plus favorisée[2763]. Il est ainsi « *créé* […] *du mouvement, mais au sein d'une structure inchangée* »[2764]. Aux États-Unis, les chefs d'entreprises ont bien compris qu'il était plus simple et moins coûteux de « *propulser quelques femmes aux postes de direction que de repenser une organisation du travail qui les désavantage objectivement par rapport à leurs collègues masculins* »[2765]. De la même manière, il est plus abordable d'aider quelques milliers de collégiens et lycéens plutôt que d'investir massivement dans une politique éducative plus égalitaire[2766]. Sous ce regard, le traitement juridico-politique du problème de la diversité apparaîtrait davantage en cohérence avec un traitement individualisé des disparités qu'avec une approche holistique, soucieuse de compenser les inégalités économiques et sociales. Les plus cyniques verront dans la diversification sociale « *une manière de "se donner bonne conscience à peu de frais"* »[2767]. Les plus pessimistes conviendront que « *les derniers seront les avant-derniers* »[2768], là où les autres verront ces outils comme un moyen « *de promouvoir ce que Pierre Bourdieu appellerait la fraction dominante de la classe dominée* »[2769]. Dans un registre nettement plus polémique, W. Benn Michael analyse le modèle de justice de l'égalité des chances comme un leurre, « *une sorte de parodie sociale qui entérine l'élargissement du fossé économique entre riches et pauvres tant que les riches comptent (proportionnellement) autant de noirs, de basanés, de jaunes que de blancs, autant de femmes que d'hommes, autant d'homosexuels que d'hétérosexuels* »[2770]. Pour lui, *« la diversité n'est pas un moyen d'instaurer*

[2762] A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites et repositionnement organisationnel. Le cas des politiques d'ouverture sociale en France, et d'*outreach* en Angleterre », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n° 7, 2008, § 20.

[2763] Not. par l'effet du taux 0 des bourses sur critères sociaux dont bénéficient largement les classes moyennes. V. M. OBERTI, « Politique "d'ouverture sociale" […] », *op. cit.*, p. 270 ; O. BUI-XUAN, « Quelle diversification sociale pour la haute fonction publique ? », *op. cit.*, p. 1006-12.

[2764] M. DURU-BELLAT, « La discrimination positive et l'égalité des chances », *op. cit.*

[2765] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, n° 117, 2001, p. 167.

[2766] D. LACORNE, *La crise de l'identité américaine : du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Gallimard, 2003, p. 326-28.

[2767] Débats à l'AN, 10 mai 2001 cités par G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique […] », *op. cit.*, p. 167.

[2768] M. Walzer cité par E. DESCHAVANNE, « La discrimination positive face à l'idéal républicain : définition, typologie, historique, arguments » *in* CAS, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, La Documentation française, 2006, p. 169 ; M. OBERTI, A. PAVIE, « Les paradoxes d'un programme d'ouverture sociale […] », *op. cit.*, p. 403 et suiv.

[2769] E. DESCHAVANNE, « La discrimination positive […] », *op. cit*., p. 169.

[2770] W. B. MICHAELS, *La diversité contre l'égalité*, Paris, Raisons d'agir, 2009, p. 7.

l'égalité ; c'est une méthode de gestion des inégalités »[2771]. La thèse est discutable[2772], mais elle n'en appelle pas moins à la prudence, dès lors qu'avec les normes compensatoires traitant de la diversité, il s'agit aussi de promouvoir, « *à son insu peut-être, une manière spécifique de penser les différences sociales* »[2773].

535. La critique de la responsabilité individuelle d'ordre moral – Dans cette dialectique, la position des pouvoirs publics est insidieusement renforcée puisqu'ils « *peuvent déconnecter les contestations et revendications de leurs objectifs* »[2774] de diversification. Leur seule obligation est « *de permettre l'accessibilité* [de tous] *aux biens, à la réussite* »[2775], car la responsabilité de son échec pèse « *sur l'individu qui, malgré les dispositifs compensatoires, n'a pas pu ou su saisir sa chance* »[2776]. Les inégalités sont éclipsées, le modèle n'est pas questionné sur les angles morts engendrés par son fonctionnement. Si chacun a eu la chance de se faire une place dans la société, *« le fait d'échouer dans toutes les sphères n'est plus considéré comme le résultat ou le signe visible d'une oppression ou d'une injustice* »[2777]. Au contraire, la responsabilisation des bénéficiaires est envisagée comme un investissement social, l'impératif d'égalité étant associé à celui d'efficacité[2778]. *In extenso*, le bien-fondé de l'État providence en vient lui aussi à être subordonné à la démonstration de la performance sociale de ces politiques[2779].

§ 2 – Les écueils de la différenciation

536. Position du problème – À partir du moment où ils reposent sur des « *modes de différenciation inégalitaires* »[2780], les dispositifs sur la diversité ne manquent pas de risquer

---

[2771] *Ibid.*, p. 7.
[2772] V. not. D. SABBAGH, « Les ravages de la pensée moniste : à propos de La Diversité contre l'égalité de Walter Benn Michaels, Raisons d'agir, 2009 », *Mouvements*, nº 61, 2010, p. 172-80.
[2773] M. –S. ABOUNA, P. BRUNO, « Réception et représentation de la notion de diversité : perspective » *in* P. ICARD, J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Actes du colloque du 6 nov. 2014, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 13.
[2774] G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », *op. cit.*, p. 87.
[2775] *Ibid.*
[2776] Y. POIRMEUR, « Le double jeu de la notion […] », *op. cit.*, p. 111.
[2777] M. WALZER, « Exclusion, injustice et État démocratique » *in* J. AFFICHARD, J. B. FOUCAULD (DE), *Pluralisme et équité. La justice sociale dans les démocraties*, Paris, Esprit, 1995, p. 34.
[2778] R. SENAC, « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néoliberale », *RFAP*, nº 153, 2015, p. 176.
[2779] R. SENAC, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 178.
[2780] G. KOUBI, « Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit ? », *op. cit.*, p. 69.

d'enfermer leurs bénéficiaires dans des rôles sociaux restrictifs, ainsi que de prêter le flanc aux critiques de division.

537. La stigmatisation des bénéficiaires – En premier lieu, la sélection des cibles parmi des publics jugés vulnérables est susceptible de renforcer la stigmatisation de ces personnes et donc d'aboutir à l'inverse de l'intégration recherchée. O. Bui-Xuan souligne que la technique de la compensation, « *au lieu de fondre les populations fragiles dans la masse des "normaux"* [peut] *creuser un peu plus le fossé entre les "insérés" – qui se maintiennent d'eux-mêmes dans la société – et les "exclus" – qui ne doivent leur survie qu'à l'État : la reconnaissance institutionnelle de la vulnérabilité de certains publics comporte ainsi le risque de figer, plus que d'estomper, la frontière entre ces populations* »[2781]. Par conséquent, les différenciations utilisées pour diversifier peuvent stigmatiser les individus qui bénéficient de l'avantage compensatoire : bien loin d'être perçus indifféremment, ils sont renvoyés à ce qui les distingue et les différencie aux yeux des tiers. En accordant une attention aux caractéristiques socioéconomiques ou au lieu de résidence, elles risquent de figer les représentations sociales, voire de leur donner du crédit[2782]. Ce mécanisme de réimposition et d'assignation identitaires est l'un des effets pervers attachés à l'emploi de catégories d'action territoriales consistant à arrimer certains problèmes à quelques aires urbaines[2783]. La « *naturalisation* »[2784] de ces critères, devenus de véritables marqueurs ascriptifs des résidents, fait naître et renforce toute une série d'effets insidieux de domination symbolique[2785]. Sans compter que le maillage territorial peut être critiqué pour son approximation : rarement actualisé, il tend à se pérenniser au risque de stigmatiser les espaces concernés[2786]. Inadéquat et lacunaire, il est mal ajusté aux besoins individuels et néglige une partie du territoire jugée « *non prioritaire* »[2787]. Sous cet

---

[2781] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 88.
[2782] V. par ex. D. GLAYMANN, « L'épreuve de l'accès à l'emploi. Les jeunes stigmatisés par le fonctionnement de l'emploi et les politiques publiques d'insertion », *Agora débats/jeunesses*, n° 85, 2020, p. 74-88.
[2783] M. DOYTCHEVA, « Usages et mésusages des catégories territoriales : les risques d'un retournement idéologique des causalités », *Les cahiers de la LCD*, n° 1, 2016, p. 65.
[2784] *Ibid.*, p. 69.
[2785] *Ibid.*, p. 69 et 72.
[2786] Réc. actualisé v. arr. n° MENE1800208A du 24 juillet 2018 *fixant la liste des établissements scolaires publics inscrits dans le programme Rep à la rentrée scolaire 2018* ; arr. n° MENE1800210A du 1er août 2018, *fixant la liste des établissements scolaires publics inscrits dans le programme Rep+ à la rentrée scolaire 2018*.
[2787] V. *L'impact de la taille des classes et de la ségrégation sociale sur la réussite scolaire dans les écoles françaises : une estimation à partir du panel primaire 1997*, EHESS, 2004, p. 30 cité par E. DESCHAVANNE, « La discrimination positive […] », *op. cit.*, p. 177.

angle, le risque est d'accentuer le sentiment de relégation et d'injustice et les effets de ghettoïsation des zones ciblées[2788].

538. Outre les effets d'aubaines que les instruments compensatoires engendrent parfois en finissant par profiter davantage à des personnes étrangères qu'à celles visées à l'origine, ils peuvent aussi laisser penser que la société prend acte de leur infériorité et de leur incompétence supposées. La circonstance que certaines de ces mesures jouent en lieu et place des voies de recrutement de droit commun peuvent donner du crédit à la figure de l'incompétent par exemple. Les bénéficiaires sont affublés de l'image de « *victimes d'un handicap socioculturel rédhibitoire qui les rendrait incapables de* [réussir] *les épreuves communes de sélection* »[2789] et suspectés de ne pas être à la hauteur des compétences exigées. Par suite, ils risquent de se voir assigner des traits de caractère péjoratifs censés expliquer leur infériorité, tels leur manque de volonté ou leur effacement. De l'autre côté du miroir, cette stigmatisation pèse sur les publics ciblés et participe à la construction d'un déterminisme social à l'origine d'un sentiment d'infériorité par rapport au reste de la population[2790]. Persuadés qu'ils ont besoin de ce soutien extérieur pour s'en sortir, la pression est forte sur les épaules des élus. Appelés à devenir des modèles d'identification positive ou *role models*, il pèse sur eux une « *obligation de réussite* »[2791]. Le cumul et la pérennisation des normes compensatoires pour favoriser la diversité constituent des facteurs d'aggravation des effets de stigmatisation, en comparaison de ce que serait la situation si ces dispositifs étaient isolées et anecdotiques. Néanmoins, ce risque de stigmatisation involontaire doit être relativisé à l'aune d'interactions sociales déjà gangrénées par le stigmate. Être écarté d'une procédure de recrutement ou faire l'objet de remarques désobligeantes en raison de certaines caractéristiques personnelles constitue plus sûrement une stigmatisation évidente pour l'individu qui se sait exclu que de bénéficier d'une aide compensatoire[2792]. À cet égard, il est sans doute plus problématique que l'action compensatoire tende à substituer l'ouverture des recrutements à une politique de lutte contre

---

[2788] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *LRDH*, n° 9, 2016, § 22.
[2789] A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites […] », *op. cit.*, § 12.
[2790] M. DURU-BELLAT, « La diversité : esquisse de critique sociologique », *Notes & Documents*, n° 2011-03, 2011, p. 5. De manière générale, v. M. OBERTI, F. SANSELME, A. VOISIN, « Ce que Sciences Po fait aux lycéens et à leurs parents : entre méritocratie et perception d'inégalités. Enquête dans quatre lycées de la Seine-Saint-Denis », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 180, 2009, p. 102-24.
[2791] F Amara, Secrétaire d'État chargée de la Politique de la ville citée *in* G. KOUBI, « Classes "diversité" et obligation de réussite ? », *Droit cri-Tic*, 8 octobre 2009.
[2792] D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Limoges, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2006, p. 518.

les discriminations, notamment ethno-raciale[2793]. Le phénomène est souligné par M. Doytcheva qui constate que « *l'action publique territoriale* [va] *dans le sens d'abord d'une "déspécification", sous prétexte d'universalisation de la problématique, puis d'un "effacement" de la dimension ethnoraciale* »[2794]. Ainsi, la seule référence faite aux discriminations ethno-raciales dans le dernier rapport de la DGAFP consacré à la lutte contre les discriminations et à la prise en compte de la diversité de la société française concernait la recommandation du Défenseur des droits au ministère de se mobiliser contre ces discriminations[2795]. Le constat pourrait sans doute être étendu aux actions partenariales mises en œuvre dans d'autres domaines, notamment dans l'emploi privé où il est souvent plus commode de dresser des partenariats avec des écoles de la géographie prioritaire que de lutter contre les discriminations ethno-raciales. Dans ces conditions, il est regrettable que les dispositifs compensatoires sur la diversité soient déconnectés du problème des discriminations et des moyens mis en œuvre pour les combattre.

539. La segmentation de la société – En second lieu, les mesures de compensation risquent d'entériner les différentes sortes d'exclusions sociales et donc, de fragmenter la société. Dès lors que les inégalités entre catégories de personnes sont inscrites dans la norme pour prendre en compte des situations de fait, le droit contribue à forger les identités sociales[2796]. Il interagit avec les réalités sociales qu'il contribue à modeler par le simple fait d'en prendre acte[2797]. Parce qu'ils sont jeunes, vivent dans des espaces urbains dépréciés, sont scolarisés dans un établissement classé en REP et boursiers, les bénéficiaires des dispositifs sur la diversité sont exposés à devenir des « divers ». Tel est le paradoxe d'un appareillage différencialiste qui, dans l'objectif d'œuvrer pour une société plus ouverte et inclusive, peut contribuer à en accentuer la segmentation. Il peut « *tout aussi bien parvenir à ses fins* […] *que creuser la différence entre* [*"*divers*"* et *"*semblables*"*], *"normaux" et "assistés" et, par là même, contribuer à l'édification d'une société duale* »[2798]. Mais à nouveau, ce risque doit être apprécié au regard

---

[2793] V. DE RUDDER V., F. VOURC'H, « Les discriminations racistes dans le monde du travail » *in* D. FASSIN, E. FASSIN (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 185.
[2794] M. DOYTCHEVA, « Usages et mésusages des catégories territoriales […] », *op. cit.*, p. 59.
[2795] DGAFP, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique. Édition 2018*, 2019, p. 232. V. autrement l'absence de référence au problème *in* O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, *op. cit.* : F. THIRIEZ, F. MEAUX, C. LAGNEAU, *Mission Haute Fonction Publique*, Rapport au Premier ministre, 2020.
[2796] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […]*, *op. cit.*, p. 89.
[2797] *Ibid.*, p. 90.
[2798] *Ibid..*, p. 90.

de la perspective inverse. La division de la société est plus sûrement favorisée par la montée en puissance d'un sentiment d'appartenance alimenté par les exclusions quotidiennent que par des mesures destinées à diversifier les positions sociales.

540. À l'évidence, le risque est surtout d'accentuer la fracture entre les territoires. Le politologue P. Weil écrit à propos des filières d'excellence qu'« *introduire de la diversité dans les grandes écoles, c'est bien. Mais si l'on se contente d'introduire un zeste de diversité, ciblée sur quelques établissements, tout en continuant à tenir de facto une grande majorité des élèves à l'écart de toute possibilité d'y accéder, alors on risque de créer de la discrimination dans la discrimination* »[2799]. Il existe une forte concentration de filières d'excellence en région Ile-de-France, que l'implantation d'établissements en province ne peut suffire à compenser. Par conséquent, les appareillages territoriaux peuvent avoir pour effets pernicieux de renforcer les disparités géographiques, la France étant devenue pour certains « *un morceau de gruyère avec des énormes trous* »[2800]. Pour preuve, en 2012, huit circonscriptions captaient les deux tiers des crédits alloués aux Cordées de la réussite, alors qu'un tiers des ressources étaient exclusivement perçues par la région francilienne[2801]. Le souhait du gouvernement de multiplier les classes préparatoires « Talents » dans toute la France s'explique sans doute par une volonté de lutter contre cette fragmentation territoriale. Toutefois, la territorialisation ne doit pas se faire au détriment du respect du principe d'égalité, ainsi que le juge l'a rappelé à la ministre de la Fonction publique. Pour évincer la PrépaConcours de l'IEP de Paris de la liste des préparations ouvrant droit à l'inscription aux concours « Talents », cette dernière faisant valoir que cette formation pourrait priver de portée utile l'objectif de diversité, en raison de la surreprésentation des étudiants passés par cet établissement parmi les lauréats des concours[2802]. Dans ces conditions, il reviendra à l'évaluation des concours « Talents » prévue pour 2024 de mettre en exergue d'éventuelles disparités territoriales de résultat en fonction de la classe préparatoire d'origine des lauréats[2803].

[2799] P. WEIL, *La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations*, Paris, Seuil, 2005, p. 90.
[2800] P. Weil *in* « L'égalité des chances en quête d'un second souffle », *EducPros*, 30 août 2013.
[2801] *Ibid.*
[2802] TA Paris, 15 avril 2021, nº 2107186/5-3 ; TA Paris, « Concours "talents" pour faciliter l'accès aux grandes écoles du service public », Communiqué de presse, 16 avril 2021.
[2803] Art. 5 ord. nº 2021-238 du 3 mars 2021 *favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public* ; art. 24 décr. nº 2021-239 du 3 mars 2021 *instituant des modalités d'accès à certaines écoles de service public et relatif aux cycles de formation y préparant* ; art. 15 arr. nº NOR : TFPF2119143A du 5 août 2021 *relatif aux cycles de formation dénommés « Prépas Talents » préparant aux concours d'accès à certaines écoles ou organismes assurant la formation de fonctionnaires ou de magistrats de l'ordre judiciaire*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

541. La particularisation de la réponse juridique introduite par les normes traitant de la diversité s'articule avec une approche libérale des principes de l'ordre juridique. D'une part, le cadre constitutionnel leur laisse une latitude importante à travers une conception dynamique du principe d'égalité. D'autre part, elles pourraient entrer dans les exceptions prévues par le droit de la non-discrimination. Les dispositifs compensatoires relatifs à la diversité traduisent plus largement une recomposition des principes de l'ordre juridique, perceptible à l'aune d'un dépassement de ses canons juridiques et de ce qui ressemble à une reconfiguration de l'égale admissibilité des emplois publics.

542. Cependant, la réponse juridique introduite avec cet appareillage compensatoire est assez marginale pour favoriser la diversité socioéconomique. Derrière la faiblesse des effectifs concernés ou des modalités de fonctionnement somme toute assez fragiles se profilent des interrogations plus profondes sur les limites de l'égalité des chances en tant qu'elle « *désigne finalement le projet de justice sociale le plus radical que peut se donner une société libérale sans risquer de disparaître* »[2804]. D'autant qu'assoir la compensation sur un régime juridique différencié peut aussi paradoxalement contribuer à renforcer et à enraciner les distinctions dans la société, même si ce risque est sans doute inférieur au bénéfice pour les publics ou les territoires ciblés.

[2804] Y. POIRMEUR, « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », *op. cit.*, p. 112.

CONCLUSION DU TITRE 1

543. Le paradigme de la diversité ne renvoie pas seulement la représentation que les responsables politiques et sociaux se font de la société. Il modélise également la réponse juridique qu'ils entendent mettre en œuvre pour la réaliser. Ainsi, pour hisser la diversité sociodémographique du pays à tous les niveaux de la société, tout un pan des normes relatives à la diversité est appuyé sur les différences de situation socioéconomiques pour réserver des avantages particuliers aux catégories de population et le cas échéant, aux territoires, jugés les plus vulnérables. L'universalisme juridique traditionnel, en ignorant les spécificités de certains publics, comme les jeunes, les demandeurs d'emploi, les personnes résidants ou scolarisées dans des espaces de la géographie prioritaire, a renforcé les écarts au sein de la population. Ces disparités ont encore été accentuées par les défaillances de l'État, qui par son désengagement a créé de nouvelles inégalités. Ces normes tentent désormais d'atténuer ces différences de situation en compensant les handicaps de celles et ceux qu'elles affectent. Ce faisant, les dispositifs en question visent à lutter contre les inégalités jugées prioritaires dans l'emploi et les filières d'excellence de l'enseignement supérieur. Les opérateurs de la diversité escomptent ainsi lever les obstacles qui tiennent à l'écart de ces lieux ces personnes et rétablir l'égalité des chances qui fait aujourd'hui défaut à la société.

544. Les formes de cette compensation sont doubles, selon qu'elles consistent en un simple aménagement des règles de concurrence ou en une suspension de celles-ci. Si les critères de différenciation peuvent varier en fonction de ces cas de figure, en revanche l'avantage accordé est plus fort lorsque les règles de concurrence qui régissent l'accès aux biens sociaux valorisés sont suspendues. Pour ce faire, les opérateurs de la diversité peuvent s'appuyer sur un cadre juridique libéral qui offre une grande latitude pour adopter des mesures compensatoires. Une large palette de techniques juridiques allant du contrat à la loi est mobilisée, souvent pour permettre d'adapter la norme de sélection au plus près de la situation des individus. Quel que soit le véhicule juridique emprunté, le volontarisme est souvent placé au cœur de ces dispositifs. Même le législateur n'hésite pas à doter les administrations des outils nécessaires pour agir, plutôt que de les contraindre directement. Ainsi, en dépit du caractère régalien du droit de la fonction publique et de l'éducation qui explique la part importante prise par la loi et le règlement dans cette panoplie, des instruments comme le contrat ne sont pas ignorés. En tout état de cause, la méthodologie demeure largement fondée sur le volontarisme, la souplesse et le pragmatisme.

545. Alors que le champ d'application des dispositifs traitant de la diversité ne cesse de s'étendre au gré des réformes au point de gagner peu à peu des sphères moins élitistes de la société, le principe de la compensation ne semble jamais véritablement remis en question. Pourtant, les limites de cette réponse juridique au problème des inégalités sont importantes. La compensation n'apparait clairement pas comme une technique d'éradication des inégalités, mais seulement comme une atténuation des disparités socioéconomiques permettant de faire entrer à la marge quelques personnes au profil sociodémographique moins homogène dans les instances visées. D'autres normes jouent sur d'autres leviers pour concrétiser la diversité. Dans ce cas, la logique n'est plus de compenser les inégalités socioéconomiques, mais de prévenir les discriminations.

TITRE 2
LA PRÉVENTION DES DISCRIMINATIONS

546. Position du problème – Une enquête de *testing* récemment menée dans l'administration constate un recul global des discriminations, même si cette baisse ne vaut pas pour les trois versants de la fonction publique. Pour les auteurs de cette étude, l'évolution des conduites découle de l'internalisation par les administrations de mesures préventives des discriminations. Ils soutiennent que ces avancées sont dues notamment à la mise en œuvre du cahier des charges du Label diversité[2805]. Cet instrument s'inscrit pleinement dans la stratégie définie par les pouvoirs publics visant « *la remise en cause des pratiques à caractère discriminatoire et la promotion de mesures destinées à les prévenir ou à les corriger par des voies non contentieuses qui emportent l'adhésion et la participation des acteurs de la société civile, du monde économique et des autorités publiques* »[2806].

547. Une logique préventive – Dans cette optique, l'appareillage juridique du paradigme de la diversité s'appuie sur une approche intégrée du risque discriminatoire. Ces normes sont fondées sur l'idée qu'une « *diversité authentique* »[2807] ne peut advenir qu'en l'absence de discrimination, entendue ici comme des discriminations directes, indirectes ou des situations de harcèlement discriminatoire. Selon la théorie de la société du risque de U. Beck, l'apparition de risques globaux de nature sociale ou environnementale conduit les acteurs à prendre acte des menaces qui pèsent sur eux. Cette prise de conscience se traduit par leur participation à la prévention de la survenance de ces risques[2808]. Les normes relatives à la diversité sont internalisées par les opérateurs dans une perspective préventive axée sur le plus ou moins long terme. Cette stratégie vise à les prémunir contre les conséquences néfastes que pourrait avoir la réalisation du risque discriminatoire sur le plan juridique, humain, économique et financier ou sur leur réputation. Elles sont conçues pour être opérationnelles directement dans leur environnement. Insufflées par un objectif de conformité au droit de la non-discrimination, elles

[2805] L. HALLE, Y. L'HORTY, P. PETIT et *al.*, « Les discriminations dans l'accès à l'emploi privé et public : les effets de l'origine, de l'adresse, du sexe et de l'orientation sexuelle », *TEPP*, n° 2018-05, 2018, p. 23.
[2806] Exposé des motifs, loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 *portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*.
[2807] L. F. Powell cité par D. SABBAGH, *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, p. 366.
[2808] U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2004.

sont donc essentiellement construites et mises en œuvre « *par le bas* »[2809] conformément à la logique d'autorégulation. Cette caractéristique explique qu'elles se concentrent directement sur les effets des discriminations et les processus qui les produisent.

548. Ces normes dénotent la volonté des acteurs de ne pas rester inertes, de ne pas agir seulement pour se défendre en cas de poursuites. Proactifs, les opérateurs de la diversité recherchent par l'anticipation la conformité au droit en toutes circonstances[2810]. En particulier, l'employeur a une obligation de santé et de sécurité en matière de lutte contre les discriminations. Sa responsabilité pourra être engagée s'il n'a pas pris toutes les mesures pour assurer cette obligation ou si, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer une discrimination, il n'a pas pris les mesures immédiates propres à faire cesser le comportement illicite[2811]. À l'inverse, une attitude proactive est un avantage concurrentiel pour tout acteur. La réputation des organisations est scrutée de près par les parties prenantes. Sans démarche de conformité, elles ne seront pas en mesure de prévenir le risque discriminatoire de manière efficace. L'entité prise au cœur d'une affaire de discrimination verra sa réputation mise à mal et perdra la confiance de ses collaborateurs, de ses investisseurs, de ses fournisseurs ou de ses clients/usagers. Il est alors dans son intérêt de corriger le mal à la racine avant qu'il n'ait un effet préjudiciable. Les parties prenantes se sentiront plus en confiance avec un acteur robuste qui semble en capacité de prévenir et de traiter plus efficacement ce risque[2812].

549. Radicalement distincte du volet répressif de la lutte contre les discriminations, la logique préventive participe de l'idée que les discriminations sont indissociables du fonctionnement social des organisations et qu'il est vain de prétendre les éradiquer par le seul contentieux. L'internalisation de la prévention aux routines organisationnelles serait finalement la solution la plus efficace pour lutter contre ce phénomène. Cette stratégie fait partie intégrante de la doctrine de l'Union européenne depuis les directives de 2000 et s'est maintenue dans tous les

[2809] L. BERENI, V. –A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011, p. 31.
[2810] M. MERCAT-BRUNS, J. PERELMAN (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 180.
[2811] Soc., 30 janvier 2019, n° 17-28.905 : *Juris associations*, n° 595, 2019, p. 10 obs. D. CASTEL. Art. L. 4121-1 et L. 4121-2 c. trav. V. not. B. BOSSU, « La responsabilité de l'employeur en cas de discrimination : le regard du travailliste », *DS*, n° 4, 2020, p. 348-52.
[2812] En ce sens, E. DAOUD, L. BARBEZAT, M. PERRAULT, « La place de l'instance dirigeante dans la mise en conformité de l'entreprise », *Dalloz actualités*, 22 mars 2021.

programmes d'action des instances européennes[2813]. Pour la Commission, « *la mise en œuvre efficace de la législation antidiscriminatoire dépend* [notamment] *de l'appui complémentaire que recueilleront les mesures non législatives de lutte contre la discrimination* »[2814]. Cette logique a peu à voir avec la répression des discriminations sur laquelle la loi s'est essentiellement concentrée depuis vingt ans, mais elle n'en a pas moins suscité l'intérêt des pouvoirs publics. L'État a encouragé les acteurs à agir de manière préventive contre le phénomène discriminatoire. Parallèlement, la HALDE, puis le Défenseur des droits ont tenté de mettre un peu d'ordre dans les pratiques des opérateurs de la diversité en publiant des recommandations sur les comportements à suivre. Par un jeu de miroir et de coconstruction original, ils évaluent et valident *a posteriori* les *praxis* des acteurs, tout en leur indiquant des pistes d'amélioration. Cette hybridité implique donc de prendre ses distances avec une approche rigide du droit, caractérisée par la répression contentieuse ou des obligations de résultat comme les quotas, au profit de l'ensemble des mesures déployées pour prévenir le risque discriminatoire. Toutefois, pour les besoins de l'analyse, des mécanismes contraignants de ce type pourront être occasionnellement pris pour point de comparaison.

550. Intérêts – Les moyens développés pour assurer la conformité au droit de la non-discrimination s'avèrent indispensables pour appliquer des règles devenues complexes, hétérogènes et fragmentées. Pour ce faire, « *l'effectivité de la norme passe* […] *par son management et sa transformation en un produit consommable (et digeste)* »[2815]. À cet égard, les guides, référentiels, chartes, codes ou Label qui référencent les bonnes pratiques sur la diversité participent à la diffusion du droit dans le milieu professionnel. Dans un contexte d'hybridation du management public et privé[2816], ces procédés internes sont aussi souvent mieux acceptés par les publics concernés, auprès desquels ils renforcent l'intelligibilité du droit et son accessibilité. Selon le dicton « *tone at the top* »[2817], l'implication des dirigeants permet de faire adhérer l'ensemble des parties prenantes à une culture organisationnelle non discriminatoire. Ainsi, les efforts de pédagogie, de mise en œuvre de la norme et du respect de

[2813] V. par ex. art. 2, déc. n° 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination.*
[2814] COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Livre vert : Égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie*, 2004, n° COM/2004/0379 final, p. 9.
[2815] C. COLLARD, « Nul n'est censé ignorer la compliance : les collectivités territoriales et la conformité », *AJCT*, n° 10, 2018, p. 481-5.
[2816] Sur cette question, v. not. C. DESMARAIS, E. ABORD DE CHATILLON, « Existe-t-il encore des différences entre le travail des managers du public et ceux du privé ? », *RFAP*, n° 128, 2008, p. 767-83.
[2817] E. DAOUD, L. BARBEZAT, M. PERRAULT, « La place de l'instance dirigeante […] », *op. cit.*

son suivi au sein de l'organisation constituent à n'en point douter l'un des apports majeurs de ce type d'outils[2818]. De plus, au contraire du contentieux individuel de la discrimination qui est difficilement prévisible pour les organisations, les normes relatives à la diversité permettent d'agir collectivement sur le phénomène discriminatoire. Elles sont adaptées aux situations concrètes rencontrées par les opérateurs sociaux pour agir là où se nichent les discriminations, dès lors que le « *jugement que permet de porter le principe de non-discrimination sur une différence de traitement donnée vaut toujours au cas d'espèce : il n'appréhende que des situations de discrimination* »[2819]. En intégrant la non-discrimination au fonctionnement routinier des organisations, les normes traitant de la diversité ont donc vocation à agir sur la source même des différences de traitement illégitimes, en particulier sur l'action décisionnelle[2820]. Elles ont une « *visée transformationnelle* »[2821] dont l'intérêt est accru face à la persistance du phénomène discriminatoire que le renforcement constant de l'appareil législatif et juridictionnel ne semble pas avoir endigué. Elles sont importantes dans un contexte où les collectivités, les entreprises, les établissements publics et les ONG sont parfois faiblement dotés en ressources antidiscriminatoires. Ces caractéristiques en font un « *complément managérial cohérent* »[2822] du droit de la non-discrimination, mais aussi une « *forme de substitut à la réglementation, spécialement lorsque celle-ci est lacunaire, ce qui est inévitable eu égard à la diversité, de même qu'à la complexité des situations concrètes que peut rencontrer l'organisation* »[2823].

551. Une lame de fond différencialiste – Les normes portant sur la diversité développées par les organisations ne sont pas seulement préventives, elles sont aussi différencialistes. Ces deux caractéristiques sont intimement liées par la notion de discrimination. Pendant longtemps, l'universalisme fondé sur l'« *abstraction méthodique des différences* »[2824] s'est traduit par une conception formelle de la norme juridique, selon laquelle la règle doit être la même pour tous.

[2818] En ce sens, C. COLLARD, « Nul n'est censé ignorer la compliance […] », *op. cit.*, p. 481-5.
[2819] G. CALVES, « Le principe de non-discrimination : un principe vide » *in* L. POTVIN-SOLIS, (dir.), *Septièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet. Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 51.
[2820] J. SAISEAU, *Les collectivités territoriales face au risque de discrimination*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018, p. 571.
[2821] M. G. BRUNA, J. –F. CHANLAT, « La conduite d'une politique de diversité comme processus de légitimation organisationnelle. Cadrage théorique et exemples empiriques », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 1, 2017, p. 207.
[2822] I. VAN DE WALLE, X. MORDRET, « De la charte de la diversité à la labellisation. L'État et les entreprises dans la négociation d'une politique de la diversité », CREDOC, *Cahiers de recherche*, n° 255, 2008, p. 16.
[2823] C. COLLARD, « Nul n'est censé ignorer la compliance […] », *op. cit.*, p. 481-5.
[2824] A. RENAUT, *Égalité et discriminations. Un essai de philosophie politique appliquée*, Paris, Seuil, 2007, p. 12.

Cette spécificité explique qu'il a fallu attendre les années 1970 pour que le droit se saisisse du problème du racisme, avec la loi Pleven[2825]. Depuis, les pouvoirs publics ont pris conscience que l'égalité affirmée en droit ne suffisait pas à déboucher sur une égalité dans les faits, car des individus étaient victimes de différences de traitement iniques. Cette considération nouvelle pour le problème des discriminations a progressivement conduit à une rupture avec un universalisme formel et avec le mythe de l'individu abstrait. Désormais, « *corriger les distinctions intolérantes exige que le droit soit réceptif aux différences* »[2826] telles qu'elles se manifestent dans des situations concrètes. L'ordre juridique a donc progressivement pris en compte les singularités à la source de différenciations illégitimes pour les corriger et réparer les torts subis par ceux qui en sont victimes. Les motifs de discrimination n'ont cessé de se multiplier[2827] et se sont émancipés du droit pénal pour pénétrer le droit du travail[2828] et le droit

---

[2825] Art. 6 et 7, loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 *relative à la lutte contre le racisme*.

[2826] O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004, p. 169-70.

[2827] Art. 10 et 11, loi n° 75-625 du 11 juillet 1975 *modifiant et complétant le Code du travail en ce qui concerne les règles particulières au travail des femmes ainsi que l'article L. 298 du Code de la sécurité sociale et les articles 187-1 et 416 du Code pénal* (sexe, situation de famille) ; art. 1er, loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 *portant diverses dispositions d'ordre social* (mœurs) ; art. 65, loi n° 89-18 du 13 janvier 1989 *portant diverses mesures d'ordre social* et art 1er et suiv. loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 *relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap* (handicap) ; annexe, chap. V, sect. 1, loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes* ; art. 1er, loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations* (apparence physique, patronyme, orientation sexuelle, âge) ; art. 4, loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* (caractéristiques génétiques) ; art. 13, loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 *relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* (grossesse) ; art. 3, 4, loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *relative au harcèlement sexuel* (subir ou refuser de subir des faits de harcèlement sexuel, identité sexuelle) ; art. 15, n° 2014-173 du 21 février 2014 *de programmation pour la ville et la cohésion urbaine* (lieu de résidence) ; art. 1er, n° 2016-832 du 24 juin 2016 *visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale* (vulnérabilité économique) ; art. 86, loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle* (perte d'autonomie, capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français) ; art. 177, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* (subir ou refuser de subir des faits de bizutage). Auj. art. 225-1 et suiv. C. pénal.

[2828] Anc. art. L. 122-45 c. trav. : art. 1er, loi n° 82-689 du 4 août 1982 *relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux* (origine, sexe, situation de famille, appartenance à une ethnie, une nation ou une « race », opinions politiques, activités syndicales, convictions religieuses) ; art. 109, loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 *[…]*, *op. cit*. (exercice du droit de grève auj. L. 1132-2 ; art. 5, loi n° 85-773 du 25 juillet 1985 *portant réforme du code de la mutualité* (activités mutualistes) ; art. 9, loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 *[…]*, op. cit. (mœurs, état de santé, handicap) ; art. 1er, loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *[…]*, *op. cit*. (orientation sexuelle, âge, apparence physique, patronyme) ; art. 4, loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *[…]*, *op. cit*. (caractéristiques génétiques) ; art. 2, loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 *[…]*, *op. cit*. (grossesse). Art. L. 1132-1 c. trav. : art. L. 1132, ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 *relative au Code du travail* (nom de famille) ; art. 9, loi n° 2011-939 du 10 août 2011 *sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs* (exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur) auj. L. 1132-3-1 ; art. 4, loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *[…]*, *op. cit*. (identité sexuelle) ; art. 19, loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* (refus d'une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité en raison de son orientation sexuelle) auj. L. 1132-3-2 ; art. 15, loi n° 2014-173 du 21 février 2014 *[…]*, *op. cit*. (lieu de résidence) ; art. 1er, loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 *[…]*, *op. cit*. (vulnérabilité économique, apparente ou connue) ; art. 87, loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *[…]*, *op. cit*. (renvoi aux motifs de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008) ; art. 10, loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la*

de la fonction publique[2829]. La lutte contre les discriminations consiste à corriger les différences de traitement injustifiées à l'encontre de certaines personnes à raison d'un noyau dur de singularités. Contrairement aux mesures redistributives envisagées précédemment, ce droit n'a pas vocation à réduire les écarts entre les populations discriminées et les populations non discriminées, mais bien à effacer ces disparités en supprimant les différenciations illégitimes[2830]. L'individu discriminé sera considéré à raison de ses convictions (opinions politiques ou philosophiques, convictions religieuses), de ses activités (politiques, syndicales ou mutualistes), de son identité personnelle et sociale (orientation sexuelle, identité de genre, mœurs, nationalité, etc.) ou de ses qualités humaines intrinsèques (sexe, origine, âge, handicap, etc.)[2831]. Cependant, le degré de différenciation de ces motifs est susceptible de varier. Pour reprendre l'analyse proposée par G. Carcassonne, plus ils se rapprochent de ce que les individus « *sont* »[2832], c'est-à-dire de caractéristiques innées et indélébiles, plus la rupture avec la tradition universaliste est forte. Sous cet angle, certains motifs paraissent même n'avoir aucune portée différencialiste, car ils se rapportent à la répression de mesures de représailles et de rétorsion, bien plus qu'à des discriminations rattachées à l'être ou aux choix personnels des individus[2833]. Malgré ces quelques réserves, la césure avec l'universalisme semble effective avec la plupart des motifs de discrimination. Cependant, il existe une limite de taille à la portée de ces différenciations. La rupture ne vise qu'à « *prendre en compte la vulnérabilité de certains groupes dans le but de garantir l'effectivité véritable des droits proclamés comme universels*

modernisation de la vie économique (pour avoir signalé une alerte), auj. art. L. 1132-3-3 ; art. 70, loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique* (perte d'autonomie, identité de genre, domiciliation bancaire, capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français) ; art. 86, loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 *relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique* (exercice d'un mandat électif local) ; art. 15, II, loi n° 2020-760 du 22 juin 2020 *tendant à sécuriser l'organisation du second tour des élections municipales et communautaires de juin 2020 et à reporter les élections consulaires* (mandat électif).

[2829] Art. 6, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors* (opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, appartenance ethnique, sexe auj. art. 6 *bis*) ; art. 10, loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 *[…]*, *op. cit*. (état de santé, handicap) ; art. 11, loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *[…]*, *op. cit*. (origine, orientation sexuelle, âge, patronyme, apparence physique, « race ») ; art. 4, loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *[…]*, *op. cit*. (identité sexuelle) ; art. 55, loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires* (situation de famille) ; art. 10, loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *[…]*, *op. cit.* (pour avoir signalé une alerte) ; art. 207, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *[…]*, *op. cit.* (identité de genre) ; art. 81, loi n° 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* (grossesse).

[2830] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […]*, *op. cit.*, p. 169.

[2831] Étant entendu que certains de ces motifs discriminatoires sont susceptibles d'entrer dans plusieurs catégories indiquées. Sur cette classification, v. S. SLAMA, La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ?, *LRDH*, n° 9, 2016, § 131-3.

[2832] G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Éditions du Seuil, 14e éd., 2017, p. 47.

[2833] V. *supra* § 284.

sur une base d'égalité »[2834]. En somme, il s'agit de « *pointer le particularisme pour obtenir l'universel* »[2835].

552. De ce point de vue, l'approche intégrée du risque discriminatoire portée par les normes sur la diversité prolonge la dimension différencialiste de la lutte contre les discriminations. Pour reprendre l'analyse de A. Konrad et F. Linnehan, ces normes sont *identity-conscious* ou catégorielles, c'est-à-dire qu'elles sont ciblées sur un groupe d'individus en particulier[2836]. La différence constitue ainsi la toile de fond de la gestion procédurale du risque discriminatoire (Chapitre 1), mais aussi de sa gestion inclusive (Chapitre 2).

[2834] D. LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *LRDH*, nº 3, 2013, § 20.
[2835] O. BUI-XUAN, *Le droit public français […]*, *op. cit.*, p. 190.
[2836] A. KONRAD, F. LINNEHAN, « Formalized HRM structures : coordinating equal employment opportunity or concealing organizational practices ? », *Academy of Management Journal*, nº 3, 1995, p. 787.

CHAPITRE 1
LA GESTION PROCÉDURALE DU RISQUE DISCRIMINATOIRE

553. Position du problème – Plan – Plus que jamais les organisations se dotent de programmes de conformité robustes devant répondre à des standards de non-discrimination de plus en plus exigeants. À cette fin, elles appliquent des normes relatives à la diversité conçues comme des outils opérationnels pour prévenir la survenance de ce risque. Ces normes s'adressent en priorité aux employeurs et épousent le cadre de la gestion des ressources humaines qui entre ainsi au service du droit. Cependant, les sources et les perspectives à prendre en compte dans la relation de travail sont nombreuses, protéiformes et techniques. D'un point de vue juridique, les mesures recensées ont donc un aspect synthétique qui laisse de côté les subtilités des sciences de gestion des ressources humaines. Sous cette réserve, la gestion procédurale du risque discriminatoire vise à prévenir les effets de dispositions, de critères ou de pratiques qui pourraient créer, perpétuer ou aggraver une différence de traitement illégitime. Dans cette perspective, les organisations sont amenées à sécuriser leurs *process* de gestion des ressources humaines de façon à anticiper le préjudice qu'ils pourraient générer à l'égard d'une ou plusieurs personnes sur le fondement d'un ou plusieurs motifs discriminatoires (Section 2). Toutefois, la sécurisation sera plus efficiente si elle est menée à la lumière de données sociales. L'analyse de la vulnérabilité face au risque discriminatoire permet alors d'engager une réflexion afin de créer les conditions d'une meilleure maîtrise de ce risque (Section 1).

SECTION 1 – L'ANALYSE DU RISQUE

554. Position du problème – Plan – Le droit appréhende la discrimination par ses effets. Une discrimination se caractérise par un effet défavorable subi par une personne à raison d'un motif prohibé par le droit, dès lors que cet effet n'est pas justifié par des éléments objectifs. Cependant, de tels effets peuvent être complexes à identifier au-delà des manifestations discriminatoires les plus grossières. En outre, cette difficulté croît à mesure que les effectifs considérés augmentent. Par conséquent, l'un des enjeux de la prévention des discriminations est la révélation et l'objectivisation des effets discriminatoires, de façon à anticiper et le cas échéant traiter le risque qui en est à l'origine. Pour ce faire, les organisations ont transposé une partie des procédures héritées du contrôle qualité vers leurs *process* de gestion des ressources humaines. L'approche par les risques n'est donc pas nouvelle au regard de ce qui se fait dans d'autres domaines (documentation sur les risques comptables et financiers, les risques sur

l'hygiène et la santé au travail, les risques industriels et écologiques, etc.). En l'espèce, la particularité des dispositifs considérés est de s'appuyer sur des données chiffrées, ventilées en fonction des motifs discriminatoires. Elles visent à braquer les projecteurs sur des discriminations intentionnelles ou indirectes en mettant au jour le déséquilibre statistique induit ou potentiellement induit par telle ou telle pratique. Dans ce cadre, ces opérations statistiques, communément appelées mesure de la diversité, pourront être intégrées aux outils traditionnels de gestion, comme l'autodiagnostic ou l'audit. L'intérêt de ce type d'exercice s'est imposé avec force dans le débat public sous l'effet de la construction du droit antidiscriminatoire et des *praxis* de gestion valorisant l'usage de données chiffrées. Dans ce domaine, la statistique doit également beaucoup à l'action de multiples entrepreneurs de cause, aussi bien dans le milieu des affaires[2837], que dans le monde politique[2838] ou parmi les lobbys[2839]. La mesure de la diversité a aussi retenu l'attention des institutions européennes et internationales[2840], de

[2837] V. par ex. C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : Relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Rapport au Premier ministre, 2004, p. 18-20 ; L. BLIVET, *Ni quotas, ni indifférence : L'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, 2004, p. 70 ; BREF SOCIAL, « L'ANDRH propose de mettre en place un outil de mesure de l'origine des salariés », *Bref Social*, n° 15093, 7 avril 2008 ; H. ZANNAD, P. STONE, *Mesurer la discrimination et la diversité. Éléments de réponse*, AFMD, 2009.

[2838] V. par ex. N. SARKOZY, *Discours sur la diversité et l'égalité des chances,* École polytechnique de Palaiseau, 17 décembre 2008 ; prop. de loi n° 1305 du 9 décembre 2008 *visant à lutter contre les discriminations liées à l'origine, réelle ou supposée* ; AFP, « Valls pour des statistiques ethniques », *Le Figaro*, 12 décembre 2009.

[2839] V. par ex. CRAN, TNS SOFRES, *Les discriminations à l'encontre des populations noires de France*, 2007 ; CRAN, BANLIEUE CITOYENNE, *Enquête exclusive du CRAN et Banlieue citoyenne sur les législatives et la diversité*, 2012 ; CRAN, IFOP, *Préfets et Ambassadeurs. Parité & Diversité dans la haute fonction publique*, 2012 ; CRAN, *Parité & Diversité, Maires & adjoint. e. s*, 2014 ; CRAN, RÉPUBLIQUE ET DIVERSITÉ, *Le CAC 40, parité, diversité*, 2015 ; CRAN, *Conseils généraux et diversité : Enquête sur l'apartheid français*, 2015.

[2840] V. par ex. art. 2, a) déc. n° 2000/750/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006)* ; art. 4, a) déc. n° 1672/2006/CE du PE et du Conseil du 24 octobre 2006 *établissant un programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale — Progress* ; ECRI, *Rapport de l'ECRI sur la France*, quatrième cycle de *monitoring*, CRI (2010) 16, 2010, p. 48 ; COMITE DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, *Examen des rapports soumis par les États parties au titre de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, CCPR/C/FRA/CO/4/Add.1, 2009, p. 2-7 ; COMITE CONSULTATIF DE LA CONVENTION-CADRE POUR LA PROTECTION DES MINORITES NATIONALES, *Commentaire sur la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques*, ACFC/31DOC (2008) 001, 2008, p. 16.

nombreux auteurs de rapports publics[2841], mais aussi des autorités elles-mêmes[2842]. De même, quantité d'études scientifiques ont utilisé la statistique pour analyser les discriminations[2843].

555. Quelques éléments de contexte et de définition – Le noyau dur différencialiste de la mesure de la diversité justifie de s'intéresser plus longuement à ce que recouvre cette formule avant d'en revenir à l'analyse de la vulnérabilité discriminatoire proprement dite. L'expression a été popularisée par le Conseil représentatif des associations noires de France (CRAN), avant d'être consacrée de manière éphémère par le législateur[2844]. Sur le modèle du *monitoring* pratiqué à l'étranger[2845], c'est-à-dire de l'activité de surveillance des processus discriminatoires et de leurs effets, la mesure de la diversité a donné lieu à de nombreuses propositions visant notamment à l'intégrer dans les différents rapports obligatoires[2846]. Néanmoins, la statistique

---

[2841] O. BLANCHART, J. TIROLE, *Les grands défis économiques*, Rapport au Président de la République, 2021, p. 478-9 ; P. LOZES, M. WIEVIORKA, *Lutte contre le racisme et le communautarisme*, Rapport au ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer et des Collectivités territoriales et au ministre des Affaires étrangères et européennes, 2010, p. 50-2 ; CAS, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 304 et suiv. ; R. FAUROUX, *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Rapport au ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, p. 20-24 ; D. VERSINI, *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la réforme de l'État, 2004, p. 106 ; A. BEGAG, *La République à ciel ouvert*, Rapport au ministre de l'Intérieur, de la Sécurité et des Libertés locales, 2004, p. 20-4.

[2842] V. LE PARISIEN, « Le gouvernement crée un index de la diversité pour les entreprises », *Le Parisien*, 26 janvier 2021. V. aussi E. BENBASSA, J. –R. LECLERF, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale relatif à la lutte contre les discriminations*, Sénat, n° 94, 2014, p. 18-32 ; S. HAMOUDI, *L'apport économique des politiques de diversité à la performance de l'entreprise : le cas des jeunes diplômés d'origine étrangère*, Paris, CESE, 2014, p. 11-41 ; CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances : Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012 ; CNCDH, *Avis sur les statistiques « ethniques »*, 22 mars 2012.

[2843] V. par ex. C. BEAUCHEMIN, C. HAMEL, P. SIMON, *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, Paris, Ined éd., 2015 ; J. POUGET, « Enquête FQP et enquête Structure des Salaires – Études sur la diversité dans la fonction publique et sur les différences salariales dans le secteur privé ? » *in* E. CEDIEY (dir.), *La mesure des discriminations liées à l'origine : Statistiques et testing présentés lors du colloque du 22 octobre 2007 à Lyon*, ISM-Corum, Lyon, 2007, p. 29-37 ; J. POUGET, « La fonction publique : vers plus de diversité ? » *in France : portrait social. Éditions 2005-2006*, INSEE, 2005, p. 147-8 ; D. FOUGERE, J. POUGET, *L'emploi public s'est-il diversifié ? Sexe, niveau d'étude, origine sociale et origine nationale des salariés de la fonction publique et des collectivités territoriales*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la réforme de l'État, 2004, p. 10.

[2844] Art. 63, loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 *relative à la maîtrise de l'immigration*.

[2845] V. par ex. P. SIMON (dir.), *Étude comparative de la collecte de données visant à mesure l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*, Rapport à la Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, 2004 ; J. STAVO-DEBAUGE, « Mobiliser les pouvoirs de la statistique pour l'action antidiscriminatoire : le cas du Royaume-Uni », *RISS*, n° 183, 2005, p. 49-62 ; V. GUIRAUDON, « L'expérience de l'ethnic monitoring aux Pays-Bas. Recensement interne des origines des salariés par le lieu de naissance de leurs parents et objectif de rééquilibrage de leurs proportions dans le cadre de la loi Samen, 1998-2003 » *in* E. CEDIEY (dir.), *La mesure des discriminations liées à l'origine […]*, *op. cit.*, p. 93-7 ; R. ALBA, N. DENTON, « Les données raciales et ethniques aux États-Unis : entre connaissance scientifique et politique des identités », *RFS*, n° 1, 2008, p. 141-51.

[2846] F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport du COMEDD au commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances, 2010, p. 201 et 224-5 ; A. KARVAR, « Agir dans le monde du travail : une priorité syndicale » *in* A. KARVAR, H. LAGRANGE, J. LAURENCE et *al.*, « Mesurer les discriminations et promouvoir la diversité : quels outils pour quelles finalités ? Réponses à Yazid

suscite autant d'effervescence qu'elle est décriée. Rarement une idée aura été si polémique depuis les années 1990[2847]. Au début de l'année 2009, le Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances nommé par le chef de l'État a chargé un Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD) de réfléchir à des outils pour « *évaluer les progrès ou retards en matière de diversité dans l'ensemble des sphères de la vie sociale* »[2848]. La constitution du COMEDD a immédiatement déclenché une mobilisation antagoniste de la part de chercheurs opposés aux statistiques ethniques, qui se sont regroupés au sein d'une Commission alternative de réflexion sur les statistiques ethniques et les discriminations (CARSED)[2849]. Malgré tout, les juristes sont plutôt restés en retrait sur une question qui a mobilisé de nombreux champs disciplinaires[2850]. Véritable serpent de mer, le sujet ressurgit régulièrement sur la scène politique, alimentant un débat prolifique[2851]. La discussion renvoie à des interrogations multiples, loin d'un modèle unique de données susceptibles d'être utilisées pour mesurer la diversité[2852]. L'origine de cette confusion se situe pour partie dans l'indétermination de ce que recouvrent ces statistiques. D'un point de vue sémantique, il faut bien admettre que « *pour un statisticien mesurer la diversité est une tautologie* [car] *la statistique est par principe un instrument de mesure de phénomènes divers que l'on classe puis*

Sabeg », *Esprit*, nº 5, 2009, p. 59-60 ; C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France […]*, *op. cit.*, p. 20 ; Y. SABEG, « Intervention de Y. Sabeg » *in CAS, Statistiques « ethniques » […]*, *op. cit.*, p. 109.

[2847] Sur la « controverse des démographes », v. M. TRIBALAT, *Faire France. Une grande enquête sur les immigrés et leurs enfants*, Paris, La Découverte, 1995 ; H. LE BRAS, *Le Démon des origines : démographie et extrême droite*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, 1998 ; A. SPIRE, D. MERLLIE, « La question des origines dans les statistiques en France. Les enjeux d'une controverse », *Le Mouvement social*, nº 188, 1999, p. 119-30 ; J. STAVO-DEBAUGE, « Prendre position contre l'usage de catégories "ethniques" dans la statistique publique. Le sens commun constructiviste, une manière de se figurer un danger politique » *in* P. LABORIER, D. TROM (dir.) *Historicité de l'action publique*, Paris, PUF, 2003, p. 293-324.

[2848] « Lettre de mission » *in* F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit.*, p. 259. Étaient visés les établissements scolaires, la fonction publique et les entreprises, les médias, la vie politique et le cas échéant, le logement et la mesure de la concentration spatiale des personnes issues de la diversité.

[2849] E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al.*, *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009 ; G. CALVES, « Le Comité Sabeg, une menace pour la démocratie », *Observatoire des inégalités*, 7 avril 2009 ; G. KOUBI, « Démesures statistiques. Rapport "Inégalités et discriminations" », *Droit cri-Tic*, Parties 1 à 4, février 2010.

[2850] V. not. C. WILLMANN, « Discriminations ethniques et raciales en entreprise et "invisibilité statistique" » *in* P. COURBE, M. – L. DEMEESTER, P. JOURDAIN et *al.* (coord.), *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2007, p. 1042-4 ; G. CALVES, « Mesurer les discriminations, mesurer la "diversité" » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al.*, *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 185-191 ; S. SLAMA, « Ressenti d'appartenance ethnique : l'obstacle constitutionnel » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al.*, *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 193-202.

[2851] COLLECTIF DE CHERCHEURS ET D'UNIVERSITAIRES, « Pourquoi il faut des statistiques ethniques », *Libération*, 17 juin 2020 ; P. VINCIGUERRA, M. GALLAND, « Corse : l'enquête sur la diversité qui sème la discorde », *France Bleu Haute-Corse*, 20 mars 2017 ; P. LAVEILLE, « Corse : "Crois-tu en Dieu, en Allah ou en Yahvé ?" : le questionnaire qui fait polémique », *Le Parisien*, 19 mars 2017.

[2852] J. RINGELHEIM, « Recueil de données, catégories ethniques et mesure des discriminations : un débat européen », *RTDH*, nº 82, 2010, p. 273.

analyse. Sans un adjectif qualificatif qui la caractérise, le mot diversité ne signifie pas grand-chose »[2853]. En forçant un peu le trait, il est convenu que la « *"diversité", en l'absence d'une spécification supplémentaire, est un attribut multidimensionnel des collectivités humaines* »[2854]. Pour l'évaluer, il paraît donc « *naturel de procéder à l'observation statistique des différences* »[2855]. De manière schématique, mesurer la diversité consiste alors à effectuer une identification et un classement des individus suivant des critères multidimensionnels, puis à décompter les personnes classées dans les différents groupes constitués selon ces critères[2856].

556. Quelle légitimité ? – De nombreux enjeux émaillent la mesure de la diversité : qui peut le faire ? à quelle(s) fin(s) ? et dans quelles conditions ? Ces statistiques touchent à « *l'essence même de ce qui fait notre identité, à la façon dont on se perçoit et dont on est perçu par les autres* »[2857]. Le caractère personnel des données en jeu implique qu'elles soient traitées par et pour des acteurs légitimes, à des fins qui le sont tout autant. Cette question est intimement liée à celle des usages de la statistique : un acteur du traitement ne sera légitime qu'à la condition que l'utilisation qu'il fera des données le soit aussi[2858]. La crainte que la mesure ne soit utilisée à des fins iniques est légitime[2859]. Les précédents liés aux traumatismes historiques et étrangers hantent la conscience statisticienne[2860]. À ces hypothèses les plus sombres s'ajoute une défiance envers cet outil qui viendrait, « *comme cela a été le cas aux États-Unis, alimenter des politiques de discrimination positive* »[2861]. Il est certain qu'il est du rôle du droit de protéger les données

---

[2853] P. GAUBERT, « Avant-propos » *in* HCI, *Études et intégration — Faire connaître les valeurs de la République. Les élus issus de l'immigration dans les conseils municipaux (2001-2008)*, Rapport au Premier ministre, 2009, p. 8.
[2854] D. SABBAGH, « Éléments de réflexion sur la mesure de la "diversité" et des discriminations », *La vie des idées*, 13 octobre 2009.
[2855] A. DEBET, *Mesure de la diversité et protection des données personnelles*, Rapport à la CNIL, 2007, p. 4.
[2856] E. CEDIEY, « Questions sur la mesure : que mesure-t-on ? Pour quoi ? Comment ? » *in* E. CEDIEY (dir.), *La mesure des discriminations liées à l'origine : Statistiques et testing présentés lors du colloque du 22 octobre 2007 à Lyon*, ISM-Corum, Lyon, 2007, p. 12.
[2857] A. DEBET, *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 4.
[2858] V. l'affaire du « fichage religieux » d'élèves de primaire à Béziers : Crim, 27 novembre 2018, n° 18-83.009 : *Juris associations*, n° 592, 2019, p. 10 obs. X. DELPECH. V. encore les déclarations polémiques J. DURAND, « Sarkozy s'intéresse à la couleur des délinquants », *Libération*, 14 février 2006.
[2859] V. par ex. J. LAURENCE, « Le mérite du flou » *in* A. KARVAR, H. LAGRANGE, J. LAURENCE et *al.*, « Mesurer les discriminations […] », *op. cit.*, p. 65 ; M. MERON, « Statistiques ethniques : tabous et boutades », *Travail, Genre et Société*, n° 21, 2009, p. 55-68.
[2860] Régime de Vichy, statistiques coloniales, apartheid en Afrique du Sud, etc. V. par ex. loi du 3 octobre 1940 *portant statut des Juifs*, not. art. 1er ; loi du 2 juin 1941 *remplaçant la loi du 3 octobre 1940 portant statut des Juifs* not. art. 1er ; K. KATEB, « La statistique coloniale en Algérie (1830-1962) », *Courrier des statistiques*, n° 112, 2004, p. 3-17.
[2861] L. MAURIN, « Fin de partie pour les statistiques "ethniques" ? », *Alternatives Économiques*, 1er décembre 2007. V. ég. S. BENICHOU, J. CROWLEY *in Statistiques « ethniques » : éléments de cadrage*, Paris, La Documentation française, p. 104.

personnelles des individus contre les malversations et la démagogie statistiques[2862]. Du reste, l'étendue des risques n'est pas la même selon qu'est considérée une enquête anonyme et facultative réalisée dans un but scientifique, la constitution de fichiers administratifs faisant apparaître l'origine ou la religion, ou encore la tenue d'un recensement ethno-racial au moyen d'un référentiel officiel[2863].

557. Par deux recommandations en 2005 et 2007, la CNIL a admis la légitimité de la mesure de la diversité pour lutter contre les discriminations[2864]. L'opération est ouverte à un large éventail d'acteurs comme les entreprises, les syndicats ou les administrations dont elle reconnaît pleinement la légitimité à agir à cette fin[2865]. En 2012, elle s'est associée au Défenseur des droits pour élaborer un guide de la mesure dédié aux acteurs de l'emploi[2866]. Désormais, il est largement admis que la statistique n'est pas seulement réservée aux organismes de recherche publique. À cet égard, la position des acteurs sociaux est aussi logique qu'ambiguë. Parce qu'ils sont de potentiels producteurs de discrimination, l'étude de la diversité est pour eux un outil stratégique afin de prévenir ce risque (§ 1). Cependant, elle est encadrée par le droit et les pouvoirs publics qui jouent ici une partition incitative et accompagnante (§ 2).

§ 1 – Une analyse de la diversité stratégique

558. Position du problème – Plan – La mesure de la diversité est le premier maillon de l'approche intégrée des discriminations. La statistique est à la fois un instrument d'état des lieux des risques (A) et un levier d'action préventive (B).

A – Un état des lieux des risques

559. Plan – Cette opération consiste en un diagnostic (1), mais la difficulté de l'exercice ne doit pas être sous-estimée (2).

[2862] V. par ex. Crim, 27 novembre 2018, n° 18-83.009.
[2863] D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 115-6.
[2864] CNIL, recom. *Lutte contre les discriminations : les recommandations de la CNIL pour mesurer la diversité des origines*, 5 juillet 2005, p. 1, § 1 ; CNIL, recom. *Mesure de la diversité et protection des données personnelles*, 16 mai 2007, p. 1, § 1.
[2865] CNIL, recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, § 1.
[2866] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*.

1 – Un exercice de diagnostic

560. Un indicateur de risques – Pour la HALDE, la « *diversité résulte de l'absence de discrimination et de la mise en œuvre d'une politique d'égalité effective* »[2867]. Au contraire, l'absence de diversité est un « *indice permettant de présumer l'existence de discriminations* »[2868] pour la Haute Autorité. En d'autres termes, un effectif de travail appauvri au regard d'un spectre de critères peut signaler une situation discriminatoire. Sous ce rapport, la mesure de la diversité est un indicateur de risque. L'activité de contrôle est transmise aux acteurs qui analysent la conformité de leurs pratiques au droit de la non-discrimination. Le *monitoring* des composantes de l'organisation conduit à mettre en lumière d'éventuelles discriminations directes ou indirectes et des situations de harcèlement. La mesure permet de pointer une sous-représentation statistique de groupe d'individus en mettant en exergue d'éventuels écarts de dispersion qui, le cas échéant, seront attribués par construction à des mécanismes discriminatoires, après épuisement de toutes les variables potentiellement déterminantes et non discriminatoires[2869]. Ainsi, la statistique permet de dresser un état des lieux et une analyse des risques à partir de données sur les caractéristiques sociodémographiques des membres de l'organisation. Cet exercice de cartographie lui permet de faire en sorte de repérer *ex ante* les situations de fait à risque qui pourraient compromettre l'égalité de traitement. Comme l'indique B. Bossu « *la prévention suppose* […] *d'identifier les risques en se posant les bonnes questions. Existe-t-il des précédents* […] *? A-t-on des travailleurs en situation de vulnérabilité (handicap, couleur de peau...) ?* ».[2870] L'exercice oscille entre la probabilité et la prudence. L'existence d'un risque de violation de la norme de non-discrimination peut avoir son siège dans l'organisation, dans ses relations, dans un service. Les usages et les destinataires de ces analyses sont très différents d'un service ou d'un échelon hiérarchique à un autre. Pour la CNIL, il importe de conduire au préalable une réflexion dans l'entreprise ou l'administration, en concertation avec les instances représentatives du personnel, pour clarifier les objectifs de l'opération statistique. En effet, si le rejet d'une candidature à une embauche ou à une promotion peut résulter de la prise en compte d'un motif discriminatoire, il

---

[2867] HALDE, *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française*, 2009, p. 7.
[2868] F. AST, « La notion de diversité et son appréhension par le Défenseur des droits » *in* P. ICARD (dir.), J. OLIVIER-LEPRINCE (dir.), *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 127.
[2869] D. SABBAGH, « Discriminations — Un entretien avec Daniel Sabbagh — Partie 3 », *Canal-u.tv*, 2017.
[2870] B. BOSSU, « La responsabilité de l'employeur en cas de discrimination : le regard du travailliste », *DS*, n° 4, 2020, p. 348-52.

peut aussi découler d'éléments objectifs, tels que les diplômes obtenus, les compétences professionnelles acquises ou l'ancienneté. Seule l'analyse statistique croisée de ces différents éléments permet d'isoler le facteur discriminant[2871]. Ce diagnostic, qui peut être réalisé auprès des usagers, permet à l'entreprise, au bailleur social, à l'agence d'intérim, à l'école, au service public concerné d'exercer sa vigilance et de construire des actions adaptées[2872]. Le cas échéant, ces analyses pourraient être intégrées à la cartographie des risques prévue par la loi[2873]. Pour s'aider dans cette tâche, les employeurs peuvent s'appuyer sur les référentiels de bonnes pratiques qui fournissent des pistes d'analyse[2874]. La prise de conscience et le dépassement constituent les points forts attendus de cette démarche de conformité. Ainsi, l'autodiagnostic vise à lever le voile sur les défaillances et à enclencher un cercle vertueux d'actions de correction et de prévention. Cette cartographie permet d'engager et de formaliser une réflexion en profondeur pour créer les conditions d'une meilleure maîtrise de ces risques[2875]. Elle sert ensuite la prise de décisions et permet de dégager des pistes de perfectionnement.

561. Des indicateurs intégrés au fonctionnement de l'organisation – Les organisations manient plutôt bien la collecte et le traitement de données, un exercice qu'elles sont régulièrement amenées à effectuer dans le cadre de leurs activités. Pour ce faire, elles disposent de nombreux indicateurs pour mesurer la diversité, qu'elles peuvent (re) définir à leur convenance et exploiter à tous les niveaux de l'organisme, de l'échelle macro de l'entité, à l'analyse micro d'un service. Classiquement, un indicateur consiste à mesurer l'écart entre des postes, qualifications et ancienneté comparables, touchant par exemple à l'embauche, à la progression professionnelle, à la progression salariale, à l'accès à la formation, etc. Le plus souvent, il s'agira de resituer ces données au regard d'indicateurs de référence, qu'ils soient légaux (taux d'emploi de travailleurs en situation de handicap), géographiques (le bassin d'emploi), sectoriels (la branche) ou internes (un ou plusieurs sites du groupe). D'autres

---

[2871] H. ZANNAD, P. STONE, *Mesurer la discrimination et la diversité. Éléments de réponse*, AFMD, 2009, p. 46.
[2872] DDD, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020, p. 61.
[2873] Art. L. 225-102-4, I, 1° c. com.
[2874] V. par ex. ORSE, *Répertoire. Prévention des discriminations et promotion de la diversité dans les entreprises*, 2011, p. 20-1 ; AFNOR, « *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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 7 ; DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, spéc. p. 109-127.
[2875] AGENCE FRANÇAISE ANTICORUPTION, Avis n° NOR : ECOZ2035293V *relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption 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 publics et de favoritisme*, 2020, § 118. Sur cette notion, v. M. –A. FRISON-ROCHE, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance », *D.*, n° 44, 2012, p. 2432-4.

données pourront s'appuyer sur l'analyse des informations de la cellule interne d'écoute ou de traitement des réclamations. Selon le recensement effectué par H. Zannad et P. Stone, les indicateurs d'alerte signalent un état anormal du système, exigeant une intervention à courte échéance. Les indicateurs d'équilibre dressent un état général du système et de la progression vers les objectifs fixés. Les indicateurs d'anticipation fournissent des informations de prévision plus larges susceptibles d'induire des changements de stratégie ou d'objectif. D'autres indicateurs, dits de structure, mesurent de manière statique la situation de l'organisation à une date donnée, par exemple l'effectif des travailleurs en situation de handicap au 31 décembre. Les indicateurs de performance mettent en exergue les variations enregistrées, comme le nombre de femmes promues dans l'année ou l'effectif annuel formé et sensibilisé à la diversité. Le tableau de bord réunit cycliquement un ensemble d'indicateurs désignés comme étant les principaux leviers d'action des organisations[2876].

562. Aujourd'hui, de nombreuses organisations ont mis en place ce type d'indicateurs[2877]. Avec ces éléments, elles internalisent le diagnostic antidiscriminatoire dans leurs *process*. Google est souvent présenté comme un exemple de ce qui est fait en la matière. L'entreprise spécialiste des données à caractère personnel, monitore l'évolution de ses effectifs dans tous les pays où elle est implantée et où il lui est possible de le faire. Elle collecte et traite des données selon de nombreuses caractéristiques sociodémographiques de son personnel en fonction des législations nationales. Ainsi, le groupe détient des données chiffrées sur les embauches et les départs ou les évolutions de carrière ventilées par origine, sexe, etc. de ses salariés. Dans ce cadre, l'entreprise se livre à des analyses comparatives intersectionnelles assez poussées, portant par exemple sur le taux de recrutement de femmes noires aux États-Unis[2878].

563. Pour l'avenir, l'outil statistique pourrait trouver un nouvel essor dans le Code du travail et le Code de commerce. Le Défenseur des droits recommande d'intégrer des indicateurs non financiers et statistiques à certaines obligations légales auxquelles sont assujetties les entreprises. En ce sens, la base de données économiques et sociales et le bilan social pourraient prévoir explicitement, à l'instar des rapports au soutien de l'égalité femmes/hommes, que des

---

[2876] H. ZANNAD, P. STONE, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *Management & Avenir*, n° 38, 2010, p. 160.

[2877] V. par ex. annexe 6, FEDERATION FRANÇAISE DE L'ASSURANCE, *Accord Mixité-diversité et Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les sociétés d'assurances*, 2 octobre 2020, p. 68-70 ; BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016 ; DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 35.

[2878] GOOGLE, *Google Diversity Annual Report 2020*, 2021, p. 15.

données relatives à la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine apparaissent selon des modalités à déterminer par décret en Conseil d'État. De même, la déclaration de performance extra-financière pourrait prévoir que le rapport consolidé de gestion doit présenter une analyse comportant des indicateurs en matière de lutte contre les discriminations également selon des modalités à déterminer par décret en Conseil d'État[2879]. Ces propositions pourraient trouver une concrétisation à l'avenir, puisque le gouvernement a annoncé la création d'un index de la diversité facultatif pour les entreprises, sur le modèle de l'index de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes[2880]. Des entreprises proposent déjà ce type de services aux organisations pour évaluer leur situation[2881].

564. Des indicateurs éventuellement complétés par des études externalisées – De façon ponctuelle, des *auto-testing* peuvent être diligentés de manière complémentaire, surtout pour éprouver les procédures de sélection[2882]. Sans valeur juridictionnelle dans ce cadre, l'*auto-testing* consiste à réaliser un *testing* sans en informer les collaborateurs. Si l'opération est périodiquement renouvelée, les résultats de l'enquête peuvent servir d'indicateurs de contrôle et de suivi de la qualité des pratiques d'embauche. Dans ce cadre, le test de situation est un véritable outil de contrôle qualité pour identifier et prévenir les risques de discrimination et évaluer l'efficacité des mesures adoptées[2883]. Ces tests demeurent rares en pratique, les exemples les plus significatifs étant ceux des groupes Casino et Adecco qui ont procédé à plusieurs *testings* sollicités au cours des dernières années[2884].

565. Une anticipation de la menace contentieuse – Les organisations ont tout intérêt à établir ce diagnostic *ex ante*. À défaut, les statistiques peuvent avoir de réelles répercussions juridiques au contentieux. Assez vite, la HALDE a expérimenté la preuve statistique et a été relayée dans cette analyse par les juridictions. Dans une affaire de discrimination à l'embauche

---

[2879] DDD, avis n° 18-20 du 30 août 2018 *relatif au projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et à la transformation des entreprises*, p. 7. Cf. art. L. 2312-18, L. 2312-26, L. 2312-27 et L. 2312-36 c. trav. et L. 225-100-2 c. com.
[2880] LE PARISIEN, « Le gouvernement crée un index de la diversité pour les entreprises », *Le Parisien*, 26 janvier 2021.
[2881] https://www.mixity.co/search/ ; MIXITY, *Étude 2021 des tendances de la diversité et de l'inclusion*, 2021.
[2882] V. sur cet outil, E. CEDIEY, B. ROCH, « Les testings » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 201-6.
[2883] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 2017, p. 87.
[2884] Groupe Casino : DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 38 ; E. CEDIEY, F. FORONI, *Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à l'origine et au sexe. Résultat d'une recherche-action au sein du groupe Casino*, Lyon, ISM-CORUM, 2005 ; ISM CORUM, *Résultats du testing sollicité par le Groupe Casino. Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à « l'origine »*, 2008 ; ISM CORUM, *Résultats du testing sollicité en 2011 par le Groupe Casino*, 2011. Groupe Adecco : ORSE, *Répertoire. Prévention des discriminations […]*, *op. cit.*, p. 26 ; H. GARNER-MOYER, *Réflexions autour du concept de diversité. Éclairer pour mieux agir*, AFMD, 2012, p. 79-81.

fondée sur l'origine du candidat, la Haute autorité a constaté, chiffres à l'appui, qu'il existait une sous-représentation injustifiée des personnes d'origine maghrébine dans la société mise en cause, par rapport aux demandeurs d'emploi inscrits à l'ANPE (aujourd'hui Pôle emploi) du bassin de main-d'œuvre dans lequel était implantée l'entreprise et qui présentaient les qualifications requises pour accéder aux emplois concernés[2885]. Cette absence de diversité des individus a pu laisser supposer l'existence d'une discrimination que l'employeur n'a pas réussi à dissiper en l'espèce. Par la suite, le juge a confirmé l'intérêt de l'approche statistique menée par la HALDE[2886]. Indiscutablement, cette espèce met les employeurs au pied du mur : s'ils n'appréhendent pas eux-mêmes la nature et l'étendue du risque discriminatoire aux moyens de tous les outils qui sont à leur disposition pour tenter de l'anticiper, le juge pourra en tirer les conséquences qui s'imposent par le biais de ces mêmes outils. En écho aux dispositions législatives et du Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées AFEP-MEDEF sur la politique de diversité appliquée aux *boards*[2887], une Cour d'appel vient d'ailleurs de rappeler que la diversité des instances dirigeantes n'est pas seulement un enjeu de valorisation de l'image de l'entreprise. Même si c'est pour écarter la discrimination, le juge s'est intéressé de près à la composition démographique de la direction d'une grande banque. Dans cette affaire, un homme faisait valoir que la stagnation de sa carrière dans l'entreprise était due à son origine. Dans son analyse, la Cour constate qu'il « *a été le premier conseiller banque privée (CBP) d'origine maghrébine à avoir intégré la direction régionale de Lyon, de sorte qu'il ne peut se plaindre de l'absence de diversité au sein de la direction ou de l'existence d'un plafond de verre à l'égard des personnes d'origine maghrébine ou arabe qui peuvent être embauchées au guichet et quasiment jamais comme CBP et encore moins comme cadre dirigeant* »[2888]. Le raisonnement du juge laisse penser que si la composition sociodémographique de cette instance avait été très homogène, ce défaut de diversité sociodémographique aurait pu laisser supposer l'existence d'une discrimination.

[2885] HALDE, délib. n° 2008-135 du 16 juin 2008 *relative à un refus d'embauche au poste d'agent de fabrication fondé sur l'origine du réclamant*, § 36.
[2886] CA Toulouse, 19 février 2010, n° 08/06630 ; Soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873.
[2887] Art. L. 421-7-4, L. 511-98 et L. 421-7-3 c. mon. et financier ; L. 22-10-10, 2° c. com. ; AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2020, p. 3, § 1. 7 et p. 7, § 6. 2.
[2888] CA Paris, 16 février 2021, n° 18/07045.

2 – Un exercice difficile

566. Hétérogénéités des pratiques, blocages idéologiques – Néanmoins, ces réflexions appellent quelques réserves. Il ne faudrait « *pas tout attendre des statistiques* »[2889]. L'organisation doit se conformer à de nombreuses exigences juridiques pour mener à bien ce travail d'analyse[2890]. Elle risque aussi d'être confrontée à des contraintes factuelles ou idéologiques. Pour accompagner les opérateurs statistiques, l'AFNOR a élaboré une norme technique de mesure de la diversité[2891]. Néanmoins, et en premier lieu, l'outil statistique est souvent employé de façon ponctuelle et sans être articulé à un plan de prévention adapté[2892]. Les retours de terrain montrent que les entreprises[2893], ou même les administrations[2894] ont un réel intérêt pour les statistiques, mais que l'usage des indicateurs est assez différencié d'une organisation à une autre. Certains employeurs les utilisent à des fins de diagnostic ou de suivi, d'autres en vue d'obtenir le Label, parfois à destination interne ou externe uniquement, mais aussi de façon hiérarchisée entre les différentes composantes retenues, etc.[2895]. De plus, les organisations peuvent rencontrer des difficultés ou éprouver des réticences avec la catégorisation, alors que de leur côté les personnes enquêtées seraient susceptibles de refuser de leur confier ce type de données. Les inquiétudes face aux risques de détournement des chiffres, la crainte de voir l'affectation des postes dévoyée au-delà des seules compétences, l'appréhension de réifier et de naturaliser les identités, d'attiser la stigmatisation et les conflits, ou tout simplement la conviction de pouvoir lutter contre les discriminations en s'appuyant sur d'autres leviers fondent ses réserves[2896]. Dans ces conditions, l'enjeu est de concilier

---

[2889] S. JUGNOT, « Peut-on promouvoir les statistiques ethniques sans référentiel et sans impliquer la statistique publique, notamment le recensement ? » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al*., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 118.

[2890] V. *infra* § 574.

[2891] AFNOR, norme NF X50-902, mai 2013 *Politique des ressources humaines pour la promotion de la diversité et de la prévention des discriminations — Mesurer les effets d'une politique diversité — Politique des ressources humaines pour la promotion de la diversité de la prévention des discriminations*.

[2892] DDD, *Guide pratique : Agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit*., p. 37 ; DDD, *Discriminations et origines […]*, *op. cit*., p. 62. V. par ex. COLLEGE DE LA DIVERSITE, P*romouvoir la diversité dans le secteur culturel. Le livre blanc du collège de la diversité*, Ministère de la Culture, 2017, p. 23-4 et 30-33 ; D. MEURS, F. HERAN, *Diversité et parité au ministère de l'Intérieur. Rapport final*, INED, 2009.

[2893] 74 % des grandes entreprises affirment pratiquer une évaluation annuelle de la politique diversité. V. DDD, *Guide pratique : Agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit*., p. 34.

[2894] V. par ex. CSA, *Baromètre de la diversité de la société française. Vague 2018*, 2018 ; décr. nº 2018-114 du 16 février 2018 *relatif à la collecte de données à caractère personnel relatives aux caractéristiques et au processus de sélection des candidats à l'accès à la fonction publique et créant la « Base concours »*.

[2895] H. ZANNAD, P. STONE, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *Management & Avenir*, nº 38, 2010, p. 172.

[2896] *Ibid*., p. 173 ; R. FAUROUX, *La lutte contre les discriminations ethniques […]*, *op. cit*., p. 20 ; P. -Y. CUSSET, « Les statistiques ethniques en France : où en sommes-nous ? », *CAS : La note de veille*, nº 22, 2006, p. 3.

l'acceptabilité de la mesure avec un niveau opérationnel suffisant. Si certaines organisations cherchent à développer des indicateurs sur l'éventail le plus large possible de singularités, d'autres s'avèrent réticentes à comptabiliser la diversité au-delà des contraintes légales[2897]. Or, choisir de restreindre les caractéristiques à mesurer au genre, à l'âge, au handicap ou à l'origine, comme c'est le plus souvent le cas[2898], peut simplifier abusivement les risques de cumul et d'intersectionnalité discriminatoires.

567. Difficultés et écueils techniques – En second lieu, la technicité des opérations statistiques est sujette à caution. La mesure de la diversité a suscité une véritable « *effervescence méthodologique* »[2899] parfois iconoclaste et difficile à appréhender[2900]. Le caractère assez récent en France de la conduite d'études sur le sujet explique l'absence de mode de questionnement vraiment stabilisé et facilement reproductible[2901]. Pour compter, encore faut-il déterminer quels indicateurs retenir, à quelle fréquence, quel périmètre, etc. Les données collectées risquent d'être partielles par rapport aux faits, faute de disposer de toutes les informations pertinentes ou bien d'échantillons et de moyens suffisants[2902]. Le volume d'éléments à traiter apparaît considérable pour les organisations (multiples critères, multiples combinaisons de critères, multiples contextes, etc.), si bien qu'il a été proposé de confier cette mission aux institutions publiques de l'emploi, dont les ressources statistiques et les moyens seraient plus adaptés[2903]. D'autres limites méthodologiques tiennent encore à la définition de termes non stabilisés, comme la notion de senior[2904]. Les discriminations sont des phénomènes aussi protéiformes que complexes. Quant à la statistique, elle est un exercice rigoureux nécessitant forcément une interprétation. Or, cette lecture est particulièrement délicate. Il serait erroné de « *"sauter" du constat d'inégalité à l'affirmation de discriminations* »[2905]. La surreprésentation statistique de certains groupes cibles n'est pas synonyme de non-discrimination, comme une analyse un peu

---

[2897] H. ZANNAD, P. STONE, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *op. cit.*, p. 173.
[2898] *Ibid.*, p. 159.
[2899] P. SIMON *in* A. DEBET, *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 4.
[2900] Par ex. des analyses phénotypiques à partir de photographies, C. GABIZON, « Yazid Sabeg veut plus d'élus issus de la diversité », *Le Figaro*, 21 janvier 2009.
[2901] En ce sens, M. LESNE, P. SIMON, « La mesure des discriminations dans l'enquête TeO » *in* C. BEAUCHEMIN, C. HAMEL, P. SIMON, *Trajectoires et origines […]*, *op. cit.*, p. 383.
[2902] S. JUGNOT, « Peut-on promouvoir les statistiques ethniques […] », *op. cit.*, spéc. p. 117-8.
[2903] En ce sens, M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018, p. 241. L'auteure propose de confier la mesure de la « diversité » à Pôle emploi et à l'URSSAF.
[2904] D. ALIS, M. FESSER-BLAESS, « L'évaluation des politiques de diversité » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 178.
[2905] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, p. 545.

trop rapide pourrait le laisser penser. En vérité, un constat d'écart ne fait que proposer des « *hypothèses de discrimination* »[2906]. La HALDE a très tôt souligné que « *la "présence de la diversité" ne constitue pas à elle seule une garantie que les droits sont bien assurés* »[2907]. Il est délicat d'isoler un critère de l'influence d'autres variables. Ce qui peut ressembler à un haut niveau de diversité relativement à tel ou tel groupe cible, peut aussi être une manifestation de la ségrégation des métiers et des fonctions, de conditions de travail précaires et de sous-statuts d'emploi. À l'inverse, une sous-représentation d'un critère quelconque peut être tributaire de nombreux facteurs. Elle peut résulter de mécanismes discriminatoires, mais aussi d'inégalités socioéconomiques, de comportements psychosociaux, tels que l'autocensure ou tout simplement de stratégies d'emploi misant sur un faible investissement dans le capital humain. En définitive, les causes d'un état de faible diversité peuvent être complexes à départager. Dès lors, à partir de quel écart entre deux situations est-il possible de considérer raisonnablement que tel ou tel processus est discriminatoire[2908] ? À l'aune de quel groupe de référence situer la comparaison ? M. Peyronnet a très bien montré les faiblesses et les risques d'un niveau de comparaison inadapté de la diversité dans le secteur privé de l'emploi. Pour analyser la dispersion statistique de groupes cibles au sein d'une entreprise, il serait tentant de procéder à une comparaison avec les effectifs des autres entreprises de la branche, comme cela a déjà été fait pour démontrer une discrimination[2909] ou bien avec ceux de son bassin géographique. Pourtant, ce référentiel est trompeur. Tout d'abord, ces données ne sont disponibles que pour un nombre limité de motifs de discrimination, quelle que soit l'échelle de comparaison retenue. Les pays qui pratiquent le *monitoring* ethno-racial par exemple disposent tous d'une nomenclature nationale de catégories et les données socioéconomiques qu'ils collectent sont presque systématiquement ethnicisées[2910]. Ensuite, les entreprises de la branche peuvent tout à fait discriminer ou employer massivement certains profils parce qu'ils se trouvent surreprésentés dans certains métiers ou dans certains bassins d'emploi. Si toutes discriminent, le comparatif est biaisé et pourrait même renforcer certains stéréotypes, ce qui rendrait les discriminations encore plus difficiles à combattre[2911]. De plus, ce référentiel laisse de côté les

---

[2906] M. TRIPIER, « Technique, science, éthique, politique. Les enjeux du débat sur la mesure de la "diversité" » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al.*, *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 159.
[2907] HALDE, *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines […]*, *op. cit.*, p. 7.
[2908] H. ZANNAD, P. STONE, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *op. cit.*, p. 167.
[2909] Soc., 12 avril 2018, n° 16-25.503, au motif de l'âge.
[2910] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2016, p. 78.
[2911] M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, *op. cit.*, p. 256.

personnes dénombrées parmi les effectifs des demandeurs d'emploi ou des inactifs qui sont justement susceptibles de compter parmi eux des individus discriminés. Dans le même ordre d'idées, une comparaison de l'entreprise à la diversité du bassin d'emploi pourrait avoir pour conséquence de maintenir une forme de *statu quo* géographique. En effet, ce référentiel risque de ne pas inciter à la mobilité sur le territoire et à la mixité sociale des espaces urbains, étant donné que la qualité des emplois et le niveau des revenus sont fortement liés à la nature des employeurs implantés sur le territoire[2912]. Selon M. Peyronnet, mieux vaudrait établir une comparaison avec les personnes formées et aptes à l'emploi, indépendamment de la branche professionnelle ou du bassin d'emploi[2913]. Une telle mission échoirait alors aux services de l'État. Du reste, l'objectivisation chiffrée ne garantit pas le respect de la non-discrimination. Au contraire, des indicateurs peuvent favoriser des dérives vers la recherche d'une « *diversité visible* »[2914] et ne sont pas infaillibles. Les spécialistes de la statistique ont signalé les faiblesses de l'indice de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes par exemple[2915]. Un syndicat avait même lancé une action de groupe pour faire condamner la Caisse d'épargne, qui détenait alors un bon score à l'index d'égalité femmes/hommes, à faire cesser un écart salarial entre les deux sexes[2916]. Le requérant a été débouté pour un motif discutable de non-rétroactivité du dispositif de l'action de groupe ouvert par la loi de modernisation de la justice, mais l'affaire n'éclaire pas moins la prudence à adopter face à ces indicateurs[2917]. Le Défenseur des droits a d'ailleurs récemment observé la non-conformité de certains indicateurs du groupe Safran à la jurisprudence pour garantir un examen objectif et précis de la situation professionnelle et salariale des représentants du personnel et signalé qu'il laissait subsister des situations de discrimination syndicale[2918]. Si elles existent et ne doivent pas être minimisées, ces difficultés ne font pas moins de la mesure de la diversité un levier d'action exploité par les organisations, dans l'idéal sous le contrôle de toutes les parties prenantes et des autorités.

[2912] *Ibid*. p. 258.
[2913] *Ibid*., p. 256.
[2914] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit*., 2015, p. 72.
[2915] C. CORON, E. BOUSSARD-VERRECCHIA, K. BERTHOU, D. MEURS, « Quelle efficacité attendre des indicateurs pour mesurer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes », *RTD Civ*., nº 3, 2019, p. 147-60.
[2916] TJ Paris, 15 décembre 2020, nº 18/04058.
[2917] V. M. PEYRONNET, « L'action de groupe "discrimination" a déjà atteint ses limites », *Dalloz actualités*, 11 janvier 2021.
[2918] DDD, déc. nº 2019-109 du 13 mai 2019 *relative à l'existence d'une discrimination systémique et collective subie par des salariés élus et mandatés d'une même entreprise en raison de l'exercice de leurs activités syndicales*, p. 14, spéc. § 100.

B – Un levier d'action

568. Un appui pour l'action antidiscriminatoire – L'instrument statistique ne pèse pas directement sur les comportements des agents sociaux. La mesure de la diversité repose sur la mise en transparence et laisse aux acteurs le soin de procéder aux ajustements nécessaires[2919]. L'idée-force de cet instrument est qu'« *on ne combat que ce qu'on connaît* »[2920]. C'est un outil de connaissance pour appuyer l'action, préconisé par le Défenseur des droits ou par l'AFNOR dans le cadre du Label diversité[2921]. Il répond à un besoin de disposer d'une aide à la décision pour définir et mettre en œuvre des mesures de correction et de prévention, telles que des objectifs chiffrés pour certaines populations, des plans d'action pour rattraper les écarts de salaires, la formalisation et la transparence des procédures, la formation ou les aménagements raisonnables. En cas de déséquilibre constaté, la mesure de la diversité peut se muer en un véritable outil d'inspection des situations, dispositions, critères ou pratiques qui orientent un nombre considérable de *process* internes (poids du diplôme, présence obligatoire au travail, etc.) pour détecter d'éventuelles discriminations directes ou indirectes et des situations de harcèlement. L'étude de la diversité des composantes permet de réaliser une analyse du positionnement organisationnel des personnes appartenant aux groupes cibles en vue de débusquer les effets de ségrégation par métiers et fonctions (ségrégation horizontale ou paroi de verre), leur sous-représentation dans certains niveaux hiérarchiques (ségrégation verticale ou plafond de verre). Elle permet aussi d'étudier la représentativité de ces groupes cibles en tant que bénéficiaires de certaines mesures de gestion de ressources humaines, comme la formation, les promotions, certains avantages financiers, les aménagements raisonnables, etc.[2922]. Enfin, ces indicateurs non financiers constituent des instruments privilégiés de la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (à l'instar de l'index Égalité entre les femmes et les hommes[2923]) et de l'intégration des personnes handicapées[2924].

[2919] G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 76.
[2920] *Ibid.*, p. 78.
[2921] V. par ex. DDD, *Guide pratique : Agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 40 ; AFNOR, « *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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 16.
[2922] A. CORNET, A. GAVAND, « Le diagnostic : une étape importante et complexe » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 183.
[2923] Art. 104 et 105, loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel* ; décr. 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*.
[2924] Art. L. 2312-18 et L. 2312-36 c. trav. (base de données économique et sociale) ; art. L. 2312-26, II et L. 2312-27 c. trav. (diverses données sur la politique sociale de l'entreprise).

Sur ce modèle, ils pourraient donc être activés comme levier de discussion avec les partenaires sociaux à propos d'autres publics.

569. À titre d'illustration, un nombre anormalement bas de femmes dans un service devrait entraîner une évaluation des pratiques d'embauche et des recruteurs. De même, la constatation d'un *turn-over*, signe de conditions de travail potentiellement dégradées, pourra laisser suspecter l'existence d'une situation de harcèlement sexiste ou raciste s'il s'avère qu'il touche très majoritairement les femmes ou les personnes racisées, par exemple[2925]. Une enquête pourra être diligentée et le cas échéant le service restructuré et des mesures disciplinaires envisagées[2926]. L'action est aussi la finalité de la base concours de la fonction publique, qui s'inspire des pratiques de *monitoring* des entreprises développées dans le cadre de leur politique de diversité. Le but est de produire des statistiques anonymes, ainsi que la réalisation de travaux de recherche sur l'accès au fonctionnariat. Ce registre organise un recueil systématique et exhaustif des éléments permettant d'étudier le processus de sélection par concours au regard de la formation des candidats et de leur environnement social ou professionnel. Depuis les recrutements effectués en 2020, elle a vocation à favoriser, par son analyse, la compréhension des écarts entre la composition de la société civile et de la fonction publique de manière à adapter en cas de besoin les politiques de communication et de sélection (épreuves, préparation aux concours…)[2927]. Dans le même ordre d'idées, certains employeurs construisent des indicateurs originaux pour identifier des risques spécifiques. En effet, la création d'un indicateur répond à un contexte particulier, marqué par la trajectoire de l'organisation qui en est à l'origine. Ainsi, l'entreprise Michelin a créé un outil permettant de corréler la distribution des âges des ouvriers dans ses différents sites aux risques liés à l'ergonomie des postes. Ce dispositif a pour objectif de mettre en place des actions de maintien des seniors dans l'emploi[2928]. La société Orange a mis en place un baromètre axé sur la vision et la perception

---

[2925] M. PEYRONNET, « Promotion de la diversité et lutte contre le harcèlement : même combat ? » *in* M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit -Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 153.

[2926] *Ibid.*, p. 155.

[2927] Art. 161, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté* ; décr. n° 2018-114 du 16 février 2018 *relatif à la collecte de données à caractère personnel relatives aux caractéristiques et au processus de sélection des candidats à l'accès à la fonction publique et créant la « Base concours »* ; CNIL, délib. n° 2017-332 du 21 décembre 2017 *portant avis sur un projet de décret relatif à un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Base concours » ayant pour finalité la production d'études et de statistiques anonymes ainsi que la réalisation de travaux de recherche sur l'accès à la fonction publique* ; DGAFP, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Politiques et pratiques de ressources humaines. Faits et chiffres*, 2018, p. 66-7.

[2928] DDD, *Guide pratique : Agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, 2015, p. 36.

par les salariés de la discrimination et du harcèlement discriminatoire. Ces données portent sur les priorités du personnel, l'efficacité des actions visant à favoriser les diversités et l'égalité des chances, le risque perçu d'être un jour victime de discrimination sur le lieu de travail, les critères potentiels de discrimination et les priorités de l'entreprise en matière de lutte pour l'égalité des chances, la fréquence des blagues sur les critères de discrimination protégés par la loi, des propositions de scénarii dont les salariés pourraient être acteurs ou témoins, etc.[2929].

570. Un support d'influence – Les normes portant sur la diversité revêtent un caractère volontaire. Leur succès dépend donc en partie des stratégies de persuasion développées par les responsables de projets[2930]. Les indicateurs sociaux sur la diversité des effectifs font partie des tactiques de persuasion dont les employeurs ont besoin pour assurer l'effectivité de leurs mises en œuvre. L'instrument statistique possède un fort potentiel pour communiquer vers les diverses parties prenantes de l'organisation. En interne, la mesure de la diversité a une visée pédagogique en ce qu'elle contribue à sensibiliser le personnel à l'importance de la prévention des discriminations[2931]. Elle favorise son adhésion et son implication dans les dispositifs mis en œuvre. En externe, les chiffres ont incontestablement des vertus promotionnelles, puisqu'ils seront scrutés de près par les parties prenantes. Par conséquent, si la mise en place d'opérations statistiques peut être perçue comme un poids pour les organisations, notamment par son coût financier, une prévention efficace et effective des discriminations serait aussi une véritable force et un atout concurrentiel[2932]. De ce point de vue, l'engagement des acteurs dans une démarche éthique est un réel élément de compétitivité. Les investisseurs s'intéressent de façon croissante aux standards extra-financiers dans leurs programmes d'investissement. Une organisation apparaît plus robuste lorsqu'elle est en capacité de prévenir et de traiter plus efficacement les risques susceptibles de se présenter à elle. Les investisseurs sont donc davantage en confiance et se tournent plus facilement vers ces entités[2933]. Les propositions du Défenseur des droits ou les travaux du gouvernement cités plus haut entendent jouer de ces effets vertueux pour emporter la conviction des employeurs sur l'intérêt de la mesure. La communication de données chiffrées a pour effet de donner à voir, en toute transparence, les

[2929] DDD, *Guide pratique : Agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit*., 2015, p. 37.
[2930] H. ZANNAD, P. STONE, *Mesurer la discrimination et la diversité. Éléments de réponse*, *op. cit*., p. 41.
[2931] H. ZANNAD, « Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion », *Humanisme et Entreprise*, n° 295, 2009, p. 163.
[2932] En ce sens, de manière générale, E. DAOUD, L. BARBEZAT, M. PERRAULT, « La place de l'instance dirigeante dans la mise en conformité de l'entreprise », *Dalloz actualités*, 22 mars 2021.
[2933] *Ibid*.

mesures déployées pour se conformer au droit antidiscriminatoire. D'ailleurs, les acteurs économiques n'hésitent pas à se livrer à des analyses comparatives pour situer leur organisation par rapport à d'autres entreprises, à un bassin d'emploi ou même au regard d'autres sites de la même entité[2934]. Ainsi, un indicateur pourra non seulement servir à anticiper, identifier ou corriger une discrimination, mais aussi optimiser les effets d'image et de légitimation dans la déclaration de performance extra-financière par exemple, aux fins de montrer que l'entreprise est diverse et qu'elle est vigilante sur ce sujet[2935].

571. Un indicateur de suivi – La prévention des risques suppose également de déployer des mesures d'évaluation de la réalisation des objectifs qui ont été fixés et d'actualisation des risques. À ce titre, la mesure de la diversité peut être un indicateur de résultat. Ici, le recours aux statistiques est à nouveau préconisé par le cahier des charges du Label diversité et par le Défenseur des droits[2936]. Des données chiffrées permettent de suivre la mise en œuvre de plans d'action, d'une convention ou d'un accord et le cas échéant, d'améliorer l'efficacité des mesures engagées. Intégrées au sein des tableaux de bord sociaux des organisations, elles donnent une visibilité pérenne à la lutte contre les discriminations. Mobilisée dans le cadre d'audits de la gestion des ressources humaines, la statistique permet de suivre les effets des procédures et critères de sélection et d'évolution de carrière au sein des organisations. En ce sens, la société Axa France a créé en collaboration avec un prestataire extérieur un baromètre de la diversité servant à évaluer l'efficacité des actions engagées en matière de diversification des canaux de recrutement. Un questionnaire administré par le prestataire aux personnes nouvellement recrutées fournit, entre autres éléments, la mesure de la diversité des origines des personnes nouvellement recrutées[2937].

572. Organiser une défense contentieuse – En dernier recours, lorsque les dispositifs de prévention se sont révélés insuffisants, les statistiques sur la diversité des effectifs peuvent s'avérer précieuses pour organiser la défense de l'employeur et démontrer que la situation litigieuse est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination[2938]. La

---

[2934] https://www.mixity.co/search/ ; MIXITY, *Étude 2021 des tendances de la diversité et de l'inclusion*, 2021.
[2935] H. ZANNAD, P. STONE, « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *op. cit.*, p. 163.
[2936] AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges de labellisation […]*, *op. cit.*, p. 16 ; DDD, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, *op. cit.*, p. 64.
[2937] S. HAMOUDI, *L'apport économique des politiques de diversité à la performance de l'entreprise : le cas des jeunes diplômés d'origine étrangère*, Paris, CESE, 2014, p. 34-5.
[2938] V. not. art. 4 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*.

comparaison statistique permet notamment d'établir une présomption de discrimination indirecte[2939]. L'exploitation de ces données dans des panels d'individus, dite méthode « Clerc », permet de révéler ce type de différence de traitement dans l'évolution de la carrière par exemple[2940]. L'intérêt de cette mesure est telle que le juge administratif s'est approprié cette méthode en réalisant lui-même ses propres statistiques pour écarter une demande de réparation du préjudice subi pour un retard dans l'avancement de carrière[2941]. Dans ce cadre, les données et analyses produites par un employeur mis en cause peuvent être utilement mobilisées pour sa défense. Une cour d'appel a ainsi admis que la défense d'une société immobilière visée par une plainte pour fichage ethnique et discriminations pouvait « *légitimement consister à démontrer par des tableaux synthétiques la diversité d'origines des locataires* »[2942], postérieurement au dépôt de la plainte.

573. Pour autant, à l'exception de certains indicateurs légaux centrés sur le sexe, l'âge ou le handicap, la mesure de la diversité n'est pas une obligation de rendre compte, donc de rendre des comptes[2943]. Or, les données collectées par les employeurs pourraient également être de précieuses preuves pour les salariés, notamment pour établir un manquement à son obligation de sécurité de prévenir les discriminations[2944]. Mais en l'absence d'une obligation légale de procéder à des mesures et à des investigations précises et comparatives de ses effectifs de travail, peu de voies permettent d'exiger de lui qu'il communique ses mesures statistiques. Seule la puissance publique, *via* l'inspection du travail, le Défenseur des droits ou le juge, peut lui demander la communication de ces pièces ou une expertise de ce type[2945]. De ce point de vue, la proposition de directive pour renforcer l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes est intéressante, car elle oblige l'employeur à communiquer ces données aux parties prenantes et fait peser sur lui la charge de la preuve qu'il ne discrimine pas s'il ne procède pas à cette communication[2946]. Pour pallier ces limites, il a été imaginé d'exploiter les arrêts maladies reçus par la sécurité sociale pour révéler les situations de discrimination ou de

---

[2939] CJCE, 27 octobre 1993, n° C-127/92, *Enderby c. Frenchay Health Authority*, spec. § 16.
[2940] V. V. –A. CHAPPE, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 45-55.
[2941] CE, ss., 20 novembre 2013, n° 362879, *DCNS* ; CAA Nantes, 19 juillet 2012, n° 10NT01079 ; CAA Nantes, 19 juillet 2012, n° 10NT01075 ; CAA Nantes, 10 janvier 2013, n° 10NT01069.
[2942] CA Versailles, 18 mars 2016, n° 14/04196, *Société Logirep*.
[2943] S. JUGNOT, « Peut-on promouvoir les statistiques ethniques […] », *op. cit.*, p. 111.
[2944] V. par ex. Soc., 30 janvier 2019, n° 17-28.905.
[2945] V. par ex. CA Paris, 2 avril 2009, n° 06/07984, refusée en l'espèce.
[2946] Art. 16, prop. de dir. du PE et du Conseil n° COM(2021) 93 final du 4 mars 2021 *visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'exécution*.

harcèlement, sur le modèle de l'expérimentation menée par l'assurance maladie visant à informer l'employeur des taux d'arrêts maladies anormalement élevés de troubles musculo-squelettiques et de risques psychosociaux dans son entreprise[2947]. Cependant, en l'état du droit positif, l'outil statistique se trouve entre les mains de l'employeur qui décide librement de s'en servir ou non. La portée de la mesure de la diversité est bien limitée à la prévention des comportements discriminants et au bon vouloir des acteurs ; « *c'est là toute l'ambiguïté de laisser aux* [employeurs] *l'entière liberté de mesurer, diagnostiquer et résoudre les problèmes de diversité dans les effectifs de travail* »[2948]. Or, l'opération n'est pas neutre. Catégoriser, mesurer, c'est comparer dans le temps et dans l'espace pour donner une interprétation des faits et orienter le changement. Ce n'est en aucun cas un acte anodin, ce qui implique qu'il doit être encadré.

§ 2 – Une analyse de la diversité encadrée

574. Position du problème – Plan – Même exploitée dans des outils de gestion, la mesure de la diversité est strictement encadrée par un cadre juridique constitutionnel, législatif et européen complexe dont la loi informatique et libertés est le pilier. Ce texte a été remanié en profondeur avec l'entrée en vigueur en 2018 du règlement *sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel*[2949]. Une loi et une ordonnance ont assuré sa mise en conformité avec le droit européen[2950]. En dépit de très vives

---

[2947] M. PEYRONNET, « Promotion de la diversité et lutte contre le harcèlement : même combat ? », *op. cit*., p. 157. Cette expérimentation concerne les entreprises d'au moins 200 salariés, pour garantir l'anonymat et le secret médical. L'assurance maladie informe l'employeur des taux d'arrêts maladies de son établissement pour les troubles musculo-squelettiques et de risques psychosociaux, à la condition qu'ils soient anormalement élevés par rapport aux autres entités du secteur ou de la région. L'approche se veut préventive de l'absentéisme pour amener l'employeur à prendre des mesures de prévention et de correction. Le dispositif n'est pas coercitif, même s'il aurait pu l'être, dès lors qu'un taux anormalement élevé pourrait traduire un manquement à l'obligation de sécurité. V. par ex. J. –P. MULLER, « La Sécu livre aux entreprises les motifs d'arrêt maladie : c'est grave, docteur ? », *L'Express*, 29 janvier 2018.

[2948] M. PEYRONNET, « Promotion de la diversité et lutte contre le harcèlement : même combat ? », *op. cit*., p. 156.

[2949] RGPD : *CCE*, n° 9, 2016, p. 13 com. J. –L. SAURON ; *CCE*, n° 4, 2018 dossier sur la RGPD dir. A. DEBET, N. METALLINOS, R. PERRAY ; *Dalloz IP/IT*, n° 7, 2016, p. 330 dossier sur la RGPD dir. S. PREVOST ; *Europe*, n° 10, 2016, p. 5 com. X. TRACOL ; *JCP G*, n° 22, 2016, p. 1079 obs. L. MARINO ; *LPA*, n° 215, 2018 com. L. RABAGNY-LAGOA.

[2950] Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles* : *CDE*, n° 5, 2018, p. 50 com. M. GRIGUER, J. SCHWARTZ ; *JCP A*, n° 27, 2018, p. 16 com. F. MATTATIA ; *JPC E*, n° 27, 2018, p. 9 com. M. BOURGEOIS, M. MOINE ; *JCP G*, n° 28, 2018, p. 1348 com. N. MARTIAL-BRAZ ; *JCP G*, n° 36, 2018, p. 1548 com. A DEBET, N. METTALINOS ; *LGP*, n° 24, 2018, p. 18 com. J. L. SAURON, S. HAMON ; *LPA*, n° 115, 2018, p. 6 com. J. –C. ZARKA ; *RFDA*, n° 6, 2018, p. 1101 com. L. CLUZEL-METAYER, E. DEBAETS ; ord. n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique,*

critiques à l'encontre d'une loi devenue « *très elliptique* [et] *susceptible d'induire le citoyen en erreur* »[2951], ces évolutions ne semblent pas modifier drastiquement les acquis sur la mesure de la diversité qui reste l'un des « *grands enjeux "Informatique et libertés"* »[2952] selon G. Desgens-Pasanau. Les conclusions de l'exercice de mise à jour qu'elles impliquent n'en sont pas moins à prendre avec précautions en l'absence d'actualisation de la jurisprudence ou des recommandations de la CNIL. En tout état de cause, « *personne* […] *ne peut prétendre figer définitivement la réflexion sur un sujet aussi complexe et évolutif* »[2953]. Il faut dire que la mesure de la diversité est une question éminemment sensible au regard de cette loi[2954]. Le caractère hautement différencialiste de l'opération explique l'encadrement tant des données (A) que des sources (B) de la mesure.

A – L'encadrement des données

575. Position du problème – Plan – Lorsqu'une organisation mesure la diversité, elle doit tenir compte des exigences du droit de l'informatique et des libertés quant aux données admises (1) et à leurs conditions de traitement (2).

1 – Les données admises pour mesurer la diversité

576. Plan – Les règles générales de protection des données personnelles qui s'appliquent à la mesure de la diversité (a) s'accompagnent de règles spécifiques sur la protection des données personnelles sensibles utilement complétées par le Conseil constitutionnel s'agissant de la mesure de la diversité des origines (b).

---

aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel : *CCE*, n° 2, 2019, p. 42 com. A. DEBET, N. METTALINOS ; *CCE*, n° 3, 2019, p. 40 com. A. DEBET, N. METTALINOS ; *D.*, n° 30, 2019, p. 1673-83 pan. W. MAXWELL, C., ZOLYNSKI ; *JCP A*, n° 7, 2019, p. 27 com. F. MATTATIA ; *JCP E*, n° 5, 2019, p. 24 com. M. BOURGEOIS, M. MOINE ; *JCP G*, n° 1, 2019, p. 10 obs N. MARTIAL-BRAZ. V. aussi, CNIL, délib. n° 2017-299 du 30 novembre 2017 *portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978* ; CE, avis, 7 décembre 2017, n° 393836, *Avis sur un projet d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* ; CNIL, délib. n° 2018-349 du 15 novembre 2018 *portant avis sur un projet d'ordonnance prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-439 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978*.

[2951] A. DEBET, N. METTALINOS, « Droit des données personnelles. Loi Informatique et Libertés : adaptation du droit français avec le RGPD », *CCE*, n° 10 2018, p. 10-21.

[2952] G. DESGENS-PASANAU, *La protection des données personnelles : le RGPD et la nouvelle loi française*, Paris, LexisNexis, 3e éd., 2018, p. 187.

[2953] F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport du COMEDD au commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances, 2010, p. 96.

[2954] C. TORRES, « La mesure de la diversité sociale au sein des entreprises et la protection des données personnelles : une question sensible », *LGP*, n° 298-9, 2008, p. 26.

a – Les données personnelles générales

577. Position du problème – Mesurer la diversité pour lutter contre les discriminations nécessite de prendre en compte les particularismes individuels à des fins statistiques. Juridiquement, ces singularités sont des données à caractère personnel[2955]. Au sens du règlement européen, cette notion s'entend de « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable* [. Est] *réputée être une "personne physique identifiable" une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale* »[2956].

578. Les données personnelles admises pour mesurer la diversité – En l'occurrence, la mesure de la diversité consiste à piocher dans ces données. Il peut s'agir *inter alia* de données touchant à l'essence même de la personne, telle que le sexe, l'âge ou le handicap. Par exemple, dans une affaire relative à une offre d'emploi laissant suspecter l'existence d'une discrimination à l'embauche en raison de l'âge, la HALDE s'est livrée à une analyse de la répartition des âges dans l'entreprise mise en cause. Après avoir constaté que plus des ¾ des collaborateurs étaient âgés de moins de 40 ans, elle en a conclu qu'il existait « *un faisceau d'indices (annonce faisant mention d'un critère d'âge et manque de diversité dans l'âge des personnes de la société) permettant de déterminer que* [le réclamant avait] *été écarté de cette procédure de recrutement en raison de son âge* »[2957]. Les données admises pour mesurer la diversité peuvent aussi se rapporter à des éléments de l'identité sociale des personnes, comme l'adresse, la nationalité, le lieu de naissance ainsi que ceux des parents, les langues parlées ou comprises[2958]. Le champ des données admises est donc très vaste. Néanmoins, la collecte et le traitement de certaines d'entre elles sont interdits par principe.

[2955] Art. 2, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.
[2956] Art. 4, 1), RGPD ; F. LESAULNIER, « La définition des données à caractère personnel dans le règlement général relatif à la protection des données personnelles », *Dalloz IP/IT*, n° 12, 2018, p. 573.
[2957] HALDE, délib. n° 2006-225 du 23 octobre 2006 *relative à une offre d'emploi faisant mention d'un critère d'âge*, § 12.
[2958] CNIL, recom. *Mesure de la diversité […], op. cit.* ; CONS. CONST., « Commentaire de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 24, p. 5-7 ; CE, ass., 1er avril 2010, avis n° 383.265, *Demande d'avis sur la licéité de la mise en œuvre d'une collecte de données sous la forme de questionnaires anonymes dès la source et recueillis sur la base du volontariat pour l'établissement de mesures de la diversité* ; CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances : Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012, p. 15.

b – Les données personnelles sensibles

579. L'interdiction des traitements de données à caractère personnel sensibles – La loi informatique et libertés pose le principe de l'interdiction de la collecte et du traitement de « *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 encore] *des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique* »[2959]. Par conséquent, les traitements nécessaires à la conduite d'études de mesure de la diversité qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les convictions religieuses ou l'orientation sexuelle sont donc prohibés. En outre, la CNIL s'attache à « *interpréter le champ de signification de variables pouvant, indirectement, fournir une indication sur l'origine "ethnique" ou "raciale"* »[2960]. De la sorte, elle a étendu ce principe aux données satellites de l'origine, comme les caractéristiques physiques (la couleur de peau par exemple) ou la consonance des noms et prénoms[2961].

580. L'existence de dérogations sous conditions – Toutefois, l'article 6 de la loi prévoit de nombreuses dérogations à cette interdiction par renvoi au règlement européen[2962]. Pour apprécier leur bienfondé, quels que soient le domaine concerné ou les catégories en cause, la CNIL tient compte des finalités du traitement, du statut des opérateurs, de la scientificité de la démarche, des garanties de protection[2963]. Néanmoins, en pratique de telles données sont rarement enregistrées dans les fichiers[2964]. Pour mesurer la diversité, la CNIL et le Défenseur

---

[2959] Art. 6, I., loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique […]*, *op. cit.* ; art. 9, 1), RGPD. Ces données sont sensiblement les mêmes que celles de l'art. 6 de la Conv. n° 108 du 28 janvier 1981 *pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* modifiée en mai 2018 et signée par la France.

[2960] P. SIMON, J. STAVO-DEBAUGE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 76.

[2961] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*, p. 15.

[2962] Art. 6, II., loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique […]*, *op. cit.* ; art. 9, 2., RGPD.

[2963] Selon l'analyse de M. – H. MITJAVILE *in* F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit.*, p. 144.

[2964] Sur les recensements de la population dans les DROM-COM, v. par ex. art. 19, décr. n° 2003-485 du 5 juin 2003 *relatif au recensement de la population*. Sur les caractéristiques physiques susceptibles de révéler la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, v. par ex. les fichiers des services de renseignements (art. R. 236-48 CSI), les fichiers de police aux frontières (art. R. 231-9 CSI), les fichiers de police judiciaire (art. R. 40-24 et 26 c. de procédure pénale), les fichiers de recrutement à des emplois reposant sur l'apparence physique, tels que ceux de Pôle Emploi (art. R. 5312-42 C. trav.), les fichiers nécessaires à la recherche médicale (CNIL, délib. n° 2018-153 du 3 mai 2018 *portant homologation d'une méthodologie de référence relative aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre des recherches dans le domaine de la santé avec recueil du consentement de la personne concernée [MR-001] et abrogeant la délibération n° 2016-262 du 21 juillet 2016* ; CNIL, délib. n° 2018-154 du 3 mai 2018 *portant homologation de la méthodologie de référence relative au traitement des données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre des recherches dans le domaine de la*

des droits retiennent plusieurs dérogations parmi celles proposées par l'article 6, mais toutes ne s'appliquent pas aux organisations qui décideraient de manière volontaire de construire de telles statistiques[2965]. Seules les exceptions reposant sur le consentement ou s'inscrivant dans un cadre juridictionnel sont susceptibles de s'appliquer dans ce cas de figure[2966].

581. Le consentement[2967] est défini comme « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* »[2968]. Le Conseil d'État considère de longue date que chacune des personnes concernées doit donner son accord explicite et écrit après avoir reçu une information claire et complète[2969]. Cependant, le règlement prévoit des formalités plus souples, une position déjà entérinée par la CNIL dans certains cas de figure numériques[2970]. La violation de cette règle est pénalement sanctionnée, nonobstant le volume de données ou le nombre de personnes concernées[2971]. Des sociétés commerciales se livrant à du profilage communautaire pour un service de rapatriement vers un pays étranger ou à un fichage ethnique ont ainsi été condamnées pour ne pas avoir obtenu le consentement des individus enquêtés[2972]. Afin d'éviter que le consentement soit biaisé dans un contexte de relations hiérarchiques, la

santé ne nécessitant pas le recueil du consentement de la personne concernée [MR-003] et abrogeant la délibération n° 2016-263 du 21 juillet 2016).

[2965] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit*., p. 16-7 ; A. DEBET, *Mesure de la diversité et protection des données personnelles*, Rapport à la CNIL, 2007, p. 12-5. Il s'agit des traitements répondant à un motif d'intérêt public important (art. 9, 2., g), RGPD), des traitements statistiques réalisés par l'INSEE ou l'un des services statistiques ministériels (loi n° 51-711 du 7 juin 1951 *sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques* ; art. 44, 2°, loi n° 78-17), des traitements ayant pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté (art. 31, II loi n° 78-17), des traitements par la puissance publique des données génétiques/biométriques (art. 32 loi n° 78-17). La procédure d'anonymisation à bref délai a été suppr. par le RGPD (anc. art. 8, III., loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique […]*, *op. cit*.).

[2966] Respectivement art. 9, 2., a) et 9, 2., f) RGPD.

[2967] Sur cette notion, A. DEBET, « Le consentement dans le RGPD : rôle et définition », *CCE*, n° 4, 2018, p. 37-44 ; N. METALLINOS, « Le RGPD apporte-t-il de réels changements sur la place du consentement ? », *CCE*, n° 7, 2018, p. 39-41.

[2968] Art. 4, 11), RGPD. V. aussi GROUPE « ARTICLE 29 », *Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement*, n° 17/FR WP259 rév.01, 2018.

[2969] CE, sect., 5 juin 1987, n° 59674, *Kaberseli* ; CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers […]*, *op. cit*., p. 16.

[2970] § 32, exposé des motifs, RGPD ; GROUPE « ARTICLE 29 », *Lignes directrices sur le consentement […]*, *op. cit*., p. 18-20 et 32-4. V. par ex. A. DEBET, « Les sites de rencontres peuvent traiter des données sensibles en recueillant le consentement exprès par une case à cocher », *CCE*, n° 11, 2015, p. 42-4.

[2971] Art. 226-19 c. pénal ; Crim., 22 septembre 2015, n° 14-84.802.

[2972] Cas d'un service de rapatriement : CNIL, *29e rapport d'activité – 2008*, 2009, p. 85. Cas d'une société de recrutement : M. KESSOUS, « Une société de recrutement devant la justice pour discrimination raciale », *Le Monde*, 24 juin 2008. Cas de sociétés immobilières : CA Amiens, 11 mars 2009, n° 08/01120 ; CA Versailles, 18 mars 2016, n° 14/04196, *Société Logirep* et Crim., 11 juillet 2017, n° 16-82.426, *Société Logirep*.

CNIL et le Défenseur des droits recommandent qu'il soit recueilli par un prestataire extérieur[2973].

582. Un autre motif de dérogation est applicable lorsque le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ou chaque fois que les juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle. Il se rattache « *à la nécessité, pour les professions juridiques* […] *de traiter les informations contenues dans les dossiers de leurs clients, qui peuvent comporter des données sensibles relatives aux intéressés ou à leurs adversaires* »[2974]. Il s'interprète ainsi comme le droit d'user de données statistiques sur l'origine dans le contentieux discriminatoire.

583. L'interdiction des traitements reposant sur l'origine ethnique ou la « race » pour mesurer la diversité des origines – Par deux recommandations de 2005 et 2007, la CNIL a admis la possibilité de mesurer la diversité sur le fondement de la loi informatique et libertés[2975]. À ces occasions, elle a émis de fortes réserves sur la création d'une nomenclature de catégories ethnoraciales, estimant que le principe de sa création relevait de la compétence du pouvoir législatif, sous le contrôle du Conseil constitutionnel[2976]. Au sens où l'entend le régulateur de l'informatique et des libertés, un référentiel ethno-racial est une nomenclature préétablie des groupes ethniques et des « races », éventuellement semi-fermée (liste d'items s'achevant sur un item ouvert, à remplir en clair), aux fins de classer, recenser et comptabiliser les personnes, analogue à celle utilisée par les États-Unis et la Grande-Bretagne par exemple[2977]. Il consiste en un répertoire complet créé par l'administration alignant des catégories (par exemple « Arabo-Berbère », « Asiatique », « Blanc », « Noir », etc.) faisant office de référence standardisée reproduite dans le recensement et les grandes enquêtes et fixant des catégories opérationnelles pour l'action publique. Plutôt qu'un système dont la donnée ethno-raciale serait le pivot, la CNIL a opté pour une mesure de la diversité des origines à droit constant, à partir de données objectives et subjectives. Ces données incluent par exemple l'ascendance des

---

2973 CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*, p. 25.
2974 G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information. Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46*, Rapport au Premier ministre, 1998, p. 60.
2975 CNIL, recom. *Lutte contre les discriminations : les recommandations de la CNIL pour mesurer la diversité des origines*, 5 juillet 2005 ; CNIL, recom. *Mesure de la diversité et protection des données personnelles*, 16 mai 2007.
2976 *Ibid.* § 1.2 ; *ibid.* recom. n° 7.
2977 A. DEBET, *Mesure de la diversité […]*, *op. cit*, p. 18 et 37-41 ; CNIL, délib. n° 2008-040 du 7 février 2008 *autorisant 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 les migrations entre l'Afrique et l'Europe*.

personnes (nationalité ou lieu de naissance des parents), le ressenti des discriminations (incluant le recueil de données sur l'apparence physique des personnes, autrement dit le phénotype et la couleur de peau) ou l'étude des prénoms et des noms de famille[2978].

584. Intervention législative et censure – À la suite de ces recommandations, la loi relative à la maîtrise de l'immigration de 2007 a modifié la loi informatique et libertés pour y introduire une nouvelle dérogation relative au traitement de données sensibles « *nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration* »[2979]. Le texte prévoyait de soumettre la réalisation du traitement à certaines autorisations, de façon à éviter que des études sur la diversité portant sur des données sensibles puissent être menées avec le seul consentement exprès des personnes concernées, après une simple déclaration auprès des services de la CNIL, comme l'autorisait alors la loi[2980].

585. Saisi de la conformité de cette disposition au cœur d'une actualité bouillonnante[2981], le Conseil constitutionnel a jugé qu'elle constituait un cavalier législatif adopté selon une procédure irrégulière et l'a déclarée contraire à la Constitution[2982]. Ce n'était pas la première fois qu'un texte se penchait sur la mesure de la diversité, mais la procédure n'était jamais arrivée à son terme[2983]. Jusqu'alors, le Conseil n'avait pas non plus eu l'occasion de se prononcer sur

---

[2978] CNIL, recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit*, recom. nº 2, 4 et 5.

[2979] Art. 63 loi nº 2007-1631 du 20 novembre 2007 *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

[2980] CNIL, recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit*, recom. nº 1 et 6 ; HALDE, délib. nº 2007-233 du 24 septembre 2007 *relative à un amendement du projet de loi immigration, intégration et asil*e ; A. DEBET, *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 14 et 36-7.

[2981] CGT, SUD, FO, CFDT, « Statistiques ethniques : position des syndicats CGT SUD FO et CFDT de l'INSEE », 22 janvier 2007 ; L. VAN EECKHOUT, « Des syndicats et des associations rejettent toute idée de statistiques ethniques », *Le Monde*, 7 mars 2007 ; E. FASSIN, « Statistiques de la discorde », *Le Monde*, 5 octobre 2007 ; S. JUGNOT, « Statistiques raciales », *Libération*, 2 octobre 2007 ; A. TÜRK, A. DEBET, « Statistiques de la diversité : plaidoyer pour la raison », *Le Monde*, 10 octobre 2007 ; S. HEFEZ, « Le Monde en noir et blanc », *Libération*, 11 novembre 2007 ; F. HERAN, « Il n'y a pas d'apprentis sorciers à l'INED », *Le Monde*, 14 novembre 2007 ; COLLECTIF DE CHERCHEURS, « Enquête sur la diversité : l'amalgame pratiqué par SOS Racisme », *Libération*, 15 novembre 2007 ; P. SIMON, « Personne n'a de définition de la race. Immigration : Patrick Simon, sociodémographe, s'interroge sur les décisions des sages », *Libération*, 16 novembre 2007 ; C. COROLLER, « Sur les statistiques ethniques, "nous n'avons pas été compris". Questions à Alex Türk, président de la CNIL », *Libération*, 23 novembre 2007.

[2982] Cons. const., 15 novembre 2007, nº 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. nº 24-30 : *D.*, nº 24, 2007, p. 1638 com. D. TURPIN ; *D.*, nº 29, 2008, p. 2025 chron. V. BERNAUD, L. GAY ; *DS*, nº 2, 2008, p. 166 com. C. WILLMANN ; *JCP G*, nº 1, 2008, p. 20 com. M. VERPEAUX ; *LPA*, nº 236, 2007, p. 4 com. F. CHALTIEL ; *LPA*, nº 75, 2008, p. 5 chron. L. BAGHESTANI-PERREY, L. JANICOT, A. –L. CASSARD-VALEMBOIS. V. aussi V. CHAMPEIL-DESPLATS, « À quoi sert encore le Conseil constitutionnel ? », *Plein droit*, nº 16, 2008, p. 27-31.

[2983] V. A. GOURNAC, amendement nº 55, Projet de loi Égalité des chances (nº 203, 210, 211, 212, 213, 214), 22 février 2006, 1re lecture, Sénat ; J. –R. LECLERF, amendement nº 91, Projet de loi Égalité des chances (nº 203, 210, 211, 212, 213, 214), 22 février 2006, 1re lecture, Sénat.

les dérogations de la loi informatique et libertés[2984]. La décision était donc doublement inédite. Toutefois, le motif de la censure a moins retenu l'attention que l'*obiter dictum* par lequel les juges ont considéré 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* »[2985]. Au premier abord radicale, la solution dégagée a rapidement été complétée et dans une certaine mesure, assouplie, par un commentaire de la décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel[2986].

586. D'une part, il résulte de cette décision que le principe d'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine ou de « race » constitue une barrière insurmontable sur la voie de la légalisation de statistiques ethniques[2987]. L' « *"invisibilité statistique"* » apparaît ainsi comme le corollaire de l'« *"invisibilité juridique"* »[2988]. Cette solution a été critiquée pour son « *intégrisme* »[2989] ou son caractère « *paradoxal* »[2990] au regard de la latitude laissée au secteur privé dans d'autres contextes. À son tour, le Conseil d'État n'en a pas moins rappelé la substance dans un avis au gouvernement sur la mesure de la diversité en 2010[2991] : après avoir recensé les informations traitées pour établir des statistiques sur les origines, il a conclu qu'« *en aucun cas, ces informations ne porteraient sur l'origine ethnique ou raciale* »[2992].

587. D'autre part, le Conseil constitutionnel considère que les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes peuvent porter sur des données objectives. Cette formule lapidaire et sibylline laisse dans l'ombre la définition de

---

2984 V. auparavant Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. n° 5-8.

2985 Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise […], op. cit.*, cons. n° 29.

2986 CONS. CONST., « Commentaire de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 24, p. 5-7.

2987 V. par ex. L. MAURIN, « Fin de partie pour les statistiques "ethniques" ? », *Alternatives Économiques*, 1er décembre 2007 ; S. SLAMA, « Ressenti d'appartenance ethnique : l'obstacle constitutionnel » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al*., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 195. La suppression du mot « race » de l'article 1er pourrait-elle lever cette interdiction ? C'est peu probable. Sur la réforme, v. P. JANUEL, « La réforme constitutionnelle en débat à l'Assemblée », *Dalloz actualités*, 10 juillet 2018.

2988 C. WILLMANN, « Définir la "race" et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *DS*, n° 9-10, 2007, p. 936, § 1.

2989 D. TURPIN *in* « La décision numéro 557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau », *D.*, n° 24, 2007, p. 1638-44.

2990 A. DEBET, « Les sites de rencontres […] », *op. cit*., *CCE*, n° 11, 2015, p. 42-4.

2991 CE, ass., 1er avril 2010, avis n° 383.265, *Demande d'avis sur la licéité […], op. cit.*

2992 *Ibid.*

ces données objectives, une notion déjà mobilisée par le juge dans le contentieux sur les CEP[2993]. À suivre ce qui est expliqué dans le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel, il s'agit de *proxys* (ou indicateurs) de l'origine ethnique ou de la « race », c'est-à-dire de variables « *proche* [s] *ou équivalente* [s] »[2994] qui, sur le plan juridique et statistique, tiennent lieu d'expédients à ces catégories. Selon le document, ce peut être « *le nom, l'origine géographique ou la nationalité antérieure à la nationalité française* »[2995]. Cependant, il ne s'agit pas des seules données à partir desquelles il est possible de mesurer la diversité des origines. Dans une version remaniée du commentaire rapidement publiée après sa mise en ligne sur le site internet du Conseil, il est écrit que peuvent faire l'objet de traitements « *des données subjectives, par exemple celles fondées sur le "ressenti d'appartenance"* »[2996]. Quelques mois plus tard, le Comité Veil chargé de mener une réflexion sur le Préambule de la Constitution a estimé que le droit positif permettait de mesurer la diversité des origines[2997]. À sa suite, le COMEDD a conclu que cette mesure était possible à droit constant[2998]. Dans un avis de 2010, le Conseil d'État a confirmé les possibilités ouvertes dans le commentaire aux Cahiers. Il a considéré que « *les personnes acceptant de répondre le feraient dans des conditions garantissant un anonymat effectif et rendant par suite impossible l'utilisation des données à des fins de gestion des personnes. Les informations sollicitées en ce qui concerne l'origine consisteraient dans des données objectives telles que le lieu de naissance et la nationalité à la naissance de l'intéressé et de ses parents, et, le cas échéant, dans des indications relatives aux appartenances ressenties par lui ou à la manière dont il estime être perçu par des tiers. La collecte de telles données, à de telles fins et dans de telles conditions, ne porte pas, par elle-même, atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, tel qu'il a été interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision sus rappelée* »[2999]. Cette interprétation de la décision de 2007 a rejoint les précédents travaux de la CNIL[3000]. En 2012, cette dernière s'est associée au Défenseur des droits pour approfondir et mettre à jour ces prescriptions sous la forme d'un

---

[2993] CAA Paris, plén., 6 novembre 2003, n° 02PA02821, *UNI* ; Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, cons. n° 33.
[2994] P. SIMON, « Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de "race" », *Revue française de sociologie*, n° 1, p. 160.
[2995] CONS. CONST., « Commentaire de la décision n° 2007-557 DC […] », *op. cit.*, p. 6.
[2996] *Ibid*.
[2997] S. VEIL, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, 2008, p. 60.
[2998] F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit.*, p. 216.
[2999] CE, avis, 1er avril 2010, n° 383.265, *Demande d'avis sur la licéité […]*, *op. cit.*.
[3000] CNIL, recom. *Lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, § 1.2 ; CNIL, recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, n° 2, 4 et 5.

guide pratique à destination des acteurs de l'emploi[3001]. La valeur de ces enseignements n'en est pas moins fragile, car ils émanent à l'origine d'une autorité juridiquement non reconnue, les Cahiers du Conseil constitutionnel. En effet, « *le commentaire par un juge de ses propres décisions ne peut avoir pour objet ou pour effet* […] *de donner un sens à une décision juridictionnelle qui en paraîtrait dépourvue autrement* »[3002]. D'un point de vue positiviste, l'existence d'un tel commentaire procède assurément de la « *déjurictionnalisation du contentieux constitutionnel* »[3003] mise en exergue dans d'autres décisions. Cependant, la prise en compte de ces observations par le Conseil d'État, la CNIL et le Défenseur des droits amènent inévitablement à les considérer. Preuve de l'acclimatation de ces statistiques, le gouvernement a annoncé qu'il allait proposer aux employeurs publics et privés volontaires de se doter d'un index de la diversité pour mesurer la place qu'ils accordent aux diverses catégories d'individus dans leur gestion des ressources humaines et pour mettre en place des actions préventives[3004].

2 – Les conditions de traitement des données pour mesurer la diversité

588. Plan – Les conditions de traitement des données personnelles sont encadrées par les principes du droit de l'informatique et des libertés (a). À ces règles générales s'ajoutent les recommandations sectorielles propres à la mesure de la diversité qu'ont définies la CNIL et le Défenseur des droits, en tenant compte notamment des exigences posées par le Conseil constitutionnel (b).

a – Les conditions générales de traitement pour mesurer la diversité

589. Position du problème – Aux termes de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* ». Des principes clairs tirés du droit national et européen encadrent le traitement de ces données. En matière de mesure de la diversité, leur respect est une exigence accrue tant les distinctions opérées entre les individus peuvent être sensibles.

[3001] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*

[3002] P. CASSIA, « Le site Internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ? », *JCP A*, n° 8, 2006, p. 263-70.

[3003] En ce sens, S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *LRDH*, n° 12, 2017, § 20.

[3004] LE PARISIEN, « Le gouvernement crée un index de la diversité pour les entreprises », *Le Parisien*, 26 janvier 2021.

590. Transparence – Les données à caractère personnel doivent être traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée[3005]. Avec le RGPD, le traitement est opéré sous la houlette d'un responsable de traitement[3006] qui veille notamment à ce que les personnes concernées soient informées de l'existence de la démarche statistique (finalité, caractère facultatif, identité du responsable et du destinataire des données collectées) et de leurs droits (accès, rectification, opposition)[3007]. Avant l'entrée en vigueur du règlement, des traitements de mesure de la diversité ont été rejetés par la CNIL faute de transparence suffisante[3008].

591. Finalités, adéquation et proportionnalité, sécurité – Les données doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités. Elles doivent aussi être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des objectifs pour lesquels elles sont traitées. Elles doivent encore être traitées de façon à garantir une sécurité appropriée, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées[3009]. Le responsable de traitement, et le cas échéant le sous-traitant, doit assurer la confidentialité et la sécurité des données, une exigence essentielle pour éviter une divulgation à des tiers non autorisés[3010]. La finalité exclusivement statistique de la mesure implique l'anonymisation des données recueillies lors de leur exploitation[3011]. Simple dans son principe, cette règle peut s'avérer difficile à apprécier en pratique. Au sens du RGPD et de l'avis du Conseil d'État, la limite à la diffusion des données qui seront accessibles aux utilisateurs est l'indirectement identifiable[3012]. Par exception, les données collectées ne sont pas

---

[3005] Art. 5, a) RGPD.
[3006] N. METTALINOS, « Les critères de qualification des acteurs (responsables de traitement, responsables de traitement conjoints, sous-traitants) », *CCE*, n° 4, 2018, p. 35-6.
[3007] Art. 13 et 14, RGPD ; CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*, p. 24.
[3008] CNIL, délib. n° 2006-190 du 6 juillet 2006 *portant refus d'autorisation de mise en œuvre par l'observatoire régional des études supérieures RES) de Lille Nord-Pas-de-Calais d'une étude sur les parcours des inscrits dans l'enseignement supérieur de la région*.
[3009] Art. 5 RGPD.
[3010] Art. 4, 6° et art. 122, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique […]*, *op. cit.* ; art. 5, § 1, f) et art. 32, RGPD ; art. 226-17 c. pénal.CNIL ; recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, n° 9 ; CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*, p. 26.
[3011] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*, p. 27-9 ; CNIL, recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, n° 9.
[3012] CE, ass., 1er avril 2010, avis n° 383.265, *Demande d'avis sur la licéité […]*, *op. cit.*, 1°.

soumises à la loi informatique et libertés à condition que l'anonymat soit mis en œuvre à la source et qu'il soit impossible d'identifier indirectement la personne enquêtée[3013].

592. ***Accountability*** **–** Enfin, le RGPD a supprimé les formalités préalables de déclaration ou d'autorisation de traitement de données à caractère personnel auprès de la CNIL en contrepartie de quoi, les responsables de traitement devront justifier de la conformité des traitements au droit[3014]. Suivant la logique d'*accountability* retenue par le droit européen[3015], « *plus les traitements seront considérés comme sensibles en termes de protection de la vie privée et des données, plus le responsable de traitement devra justifier, dans sa documentation interne, de mesures élevées de protection* »[3016]. Cette simplification visait à mettre fin au clivage entre le secteur public et privé dans l'application de la loi et à éloigner le spectre d'un monopole des instituts de sondage sur les statistiques portant sur des données sensibles[3017]. Cette nouvelle approche par les risques se traduit par une obligation de documenter la conformité du traitement au droit positif dans une logique de *compliance*[3018]. Lorsqu'un traitement, compte tenu de sa nature, de sa portée, du contexte et de ses finalités est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement effectue une analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD)[3019] préalablement à sa mise en œuvre[3020]. Eu égard aux nombreux facteurs de risques identifiés dans le règlement[3021] et aux

---

[3013] *Ibid.* ; § 26, exposé des motifs, RGPD. V. par ex. CRAN, TNS SOFRES, *Les discriminations à l'encontre des populations noires de France*, 2007.

[3014] Anc. art. 22 à 24 (données à caractère personnel) et 25 (données à caractère personnel sensibles), loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *[…]*, *op. cit*. auj. art. 31, II et 32. La suppr. de ces formalités ne vise pas les traitements qui intéressent certaines fonctions régaliennes non concernées ici.

[3015] N. METTALINOS, « Le principe d'accountability : des formalités préalables aux études d'impact sur la vie privée (EIVP) », *CCE*, n° 4, 2018 p. 53-7.

[3016] G. DESGENS-PASANAU, *La protection des données personnelles […]*, *op. cit.*, p. 34.

[3017] V. par ex. CNIL, délib. n° 81-77 du 9 juin 1981 *portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives relatives à des opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou faisant apparaître les origines raciales ou les appartenances syndicales par les entreprises privées de sondage* ; CNIL, délib. n° 82-97 du 1er juin 1982 *portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives recueillies par sondage en vue de procéder à des études de marché ou de produits.*

[3018] Art. 57, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *[…]*, *op. cit*. par renvoi aux art. 24, 30, 37, 38 et 39, RGPD. V. sur ce point not. L. RABAGNY-LAGOA, « La conformité dans le règlement UE n° 2016/679 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 », *LPA*, n° 215, 2018, p. 8-14.

[3019] Définition, v. GROUPE « ARTICLE 29 », *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*, n° 17/FR WP 248 rév. 01, 2017, p. 4.

[3020] Art. 62, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *[…]*, *op. cit*. par renvoi à l'art. 35, 1 et 11 RGPD ; CNIL, délib. n° 2018-326 du 11 octobre 2018 *portant adoption de lignes directrices sur les analyses d'impact relatives à la protection des données (AIPD) prévues par le règlement général sur la protection des données (RGPD)*.

[3021] GROUPE « ARTICLE 29 », *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact […]*, *op. cit.*, p. 7.

caractéristiques des traitements pour lesquels une AIPD est nécessaire[3022] nul doute que cette exigence s'impose pour une étude de la diversité. En application du règlement, la CNIL a d'ailleurs publié une liste des types d'opérations de traitement pour lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données est requise[3023]. Si la mesure de la diversité n'y figure pas, en revanche s'y trouvent les traitements ayant pour finalité la gestion des alertes et des signalements en matière professionnelle, portant notamment sur la collecte de données sensibles[3024]. *A pari*, les statistiques de la diversité sont donc concernées. En tout état de cause, la violation de ces obligations est pénalement sanctionnée[3025].

b – Les conditions spécifiques de traitement pour mesurer la diversité des origines

593. Position du problème – Les traitements établis pour mesurer la diversité des origines donnent à voir un tempérament à l'ordre juridique universaliste. En principe aveugle aux différences, il renonce à l'indistinction statistique entre les citoyens à des fins antidiscriminatoires. Si les distinctions qui en résultent ne doivent pas porter sur l'origine ethnique ou sur la « race » au sens de la décision du Conseil, les données autorisées se présentent comme un « *équivalent fonctionnel approximatif* »[3026] de ces critères. Ainsi que le montre le cadre méthodologique défini par la CNIL et le Défenseur des droits, la marge de manœuvre qu'elles offrent sur le terrain de la diversité des origines est importante.

594. Lieu de naissance, nationalité, langues parlées et comprises – Il est difficile d'avoir une idée de l'ampleur des études statistiques menées sur la diversité des origines, mais les remontées du terrain portent à croire que leur nombre serait assez faible[3027]. Pourtant, toutes les données autorisées pour ce faire ne présentent pas le même niveau de sensibilité. Ainsi, si le lieu de naissance, la nationalité, et, le cas échéant, le lieu de naissance et la nationalité d'origine des ascendants peuvent être utilisés pour mesurer la diversité des origines, ces informations ne

[3022] Art. 35, 3 b), 4, 6. et 7., art. 57, 1., k), art. 64, 1., a) RGPD ; art. 130, décr. n° 2019-536 du 29 mai 2019 *pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* ; CNIL, délib. n° 2018-327 du 11 octobre 2018 *relative aux types d'opérations de traitement pour lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données est requise* ; GROUPE « ARTICLE 29 », *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact […]*, *op. cit.*, p. 11.
[3023] Art. 35.4° RGPD.
[3024] CNIL, délib. n° 2018-327 du 11 octobre 2018 *portant adoption de la liste des types d'opérations […]*, *op. cit.*
[3025] Art. 226-16 c. pénal.
[3026] D. SABBAGH, « Éléments de réflexion sur la mesure de la "diversité" et des discriminations », *La vie des idées*, 13 octobre 2009.
[3027] Seules 25 % des grandes entreprises déclarent interroger l'origine. *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, p. 36.

sont pas des données sensibles[3028]. La CNIL exige néanmoins que l'origine géographique soit de « *nature factuelle et objective* »[3029]. Les langues parlées et comprises ne sont pas non plus des données sensibles[3030]. S'il peut exister des liens entre une identité ethnique et une identité linguistique, la Commission les considère comme des données objectives dont la collecte « *n'est pas contraire à la décision du Conseil* […] *dans la mesure où, à l'instar de la nationalité, du lieu de naissance ou de résidence, il n'y a pas de correspondance automatique entre la langue parlée et l'origine ethnique ou raciale de celui qui la pratique* »[3031]. Dans la perspective d'un différencialisme statistique, et bien que leur pertinence scientifique soit discutée[3032], ces procédés font donc l'objet d'un encadrement assez peu contraignant et sont assez faciles d'accès dans les fichiers de gestion ou par voie d'enquête. Malgré cette souplesse, il n'a pas été donné de suite à l'idée de les recueillir dans des enquêtes spécifiques adossées au recensement, dans les fichiers des usagers du service public ou encore à l'occasion d'audits diversité systématisés[3033].

595. Analyse onomastique – L'analyse onomastique est un procédé d'hétéroperception consistant à déduire une origine, une religion ou un marqueur de discrimination potentiel

---

[3028] V. par ex. M. EBERHARD, P. SIMON, *Expériences et perceptions des discriminations en Ile-de-France*, ORDIS, ARDIS, 2016, p. 9-11 ; C. BEAUCHEMIN, C. HAMEL, P. SIMON, *Trajectoires et origines […]*, *op. cit.*, p. 594. Le procédé est également utilisé à cette fin par l'INSEE pour les enquêtes Emploi en continu et Logement, dans les études du CRAN ou dans les procédures d'attribution de logement HLM. V. par ex. CNIL, délib. n° 01-061 du 20 décembre 2001 *portant recommandation relative aux fichiers de gestion du patrimoine immobilier à caractère social*.

[3029] CNIL, délib. n° 2009-355 du 11 juin 2009 *portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État portant création de l'application relative à la prévention des atteintes à la sécurité publique* ; CNIL, délib. n° 2010-456 du 9 décembre 2010 *portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État autorisant la création du traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion de l'information et la prévention des atteintes à la sécurité publique*.

[3030] CNIL, délib. n° 94-020 du 1er mars 1994 *portant avis favorable à la mise en œuvre, par l'INSEE d'un traitement automatisé d'informations nominatives relatif à un test de l'enquête famille*.

[3031] CNIL, délib., n° 2015-309 du 10 septembre 2015 *autorisant l'Institut National d'Etudes Démographiques (INED) à mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel ayant pour finalités la réalisation et l'analyse des résultats d'enquête statistique portant sur les mutations sociodémographiques dans le département d'Outre-mer de Mayotte dénommée « Migration, Famille, Vieillissement » (MFV Mayotte)*. V. déjà CNIL, délib. n° 2008-180 du 26 juin 2008 *autorisant l'institut 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 représentation des populations « minoritaires » et « majoritaires » en France (REMIMA)*.

[3032] Par ex. H. LE BRAS, « Les classifications se suivent mais ne se ressemblent pas » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al.*, *Le retour de la race […]*, *op. cit.*, p. 103 ; F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit.*, p. 48-54 ; P. SIMON, « Les statistiques, les sciences sociales françaises […] », *op. cit.*, p. 161.

[3033] Par ex. C. BEBEAR, *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : Relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Rapport au Premier ministre, 2004, p. 27-9 ; E. BENBASSA, J. -R. LECLERF, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale relatif à la lutte contre les discriminations*, Sénat, n° 94, 2014, p. 32.

essentiellement à partir du nom, voire du prénom, d'un individu. Pour la CNIL, l'intérêt de cette méthode[3034] est, entre autres, de permettre de détecter d'éventuelles pratiques discriminatoires dans le parcours scolaire et universitaire[3035], professionnel[3036] ou judiciaire[3037] des personnes[3038]. Le patronyme et le prénom ne figurent pas directement dans la liste des données sensibles, mais la CNIL considère de longue date qu'ils sont susceptibles de faire apparaître la prétendue « *origine raciale ou ethnique* [ou] *les convictions religieuses* »[3039]. Une incertitude existe néanmoins s'agissant des traitements portant uniquement sur le prénom : dans la mesure où et seulement s'il est impossible d'identifier les personnes à partir de leur prénom, cette information pourrait sortir du champ des données à caractère personnel au sens de la loi informatique et libertés, au contraire du patronyme qui, lui, rompt l'anonymat[3040]. Nonobstant cette hypothèse, la licéité du traitement onomastique est conditionnée aux dérogations de l'article 6 et aux autres principes de traitement[3041]. Conformément à la décision du Conseil constitutionnel, la CNIL vérifie également que l'« *analyse des noms et prénoms n'aura pas pour finalité de constituer un référentiel ethnoracial ni des statistiques ethniques* »[3042]. Les précédents, parfois antérieurs à la décision de 2007, montrent qu'elle a retenu les motifs de consentement et d'intérêt public au sujet d'études visant à déduire une origine nationale

---

[3034] Qui a néanmoins des inconvénients, v. HCI, *Charte de la laïcité dans les services publics et autres avis*, Avis au Premier Ministre, 2007, p. 392.

[3035] Par ex. G. FELOUZIS, « La ségrégation ethnique au collège et ses conséquences », *RFS*, n° 3, 2003, p. 413-47 ; M. – N. DECHARNE, E. LIEDTS, *Porter un prénom arabe ou musulman est-il discriminant dans l'enseignement supérieur ? Orientation et poursuite d'études dans l'enseignement supérieur du Nord-Pas-de-Calais*, Lille, Pôle Universitaire Lille Nord-Pas de Calais, Observatoire Régional des Études Supérieures, 2007.

[3036] V. par ex. HALDE, délib. n° 2008-135 du 16 juin 2008 *relative à un refus d'embauche au poste d'agent de fabrication fondé sur l'origine du réclamant*, § 36 ; HALDE, délib. n° 2009-42 du 9 février 2009 *relative à un refus d'embauche au poste d'agent de fabrication fondé sur l'origine du réclamant* ; HALDE, délib. n° 2010-129 du 31 mai 2010 *relative à une réclamation portant sur une discrimination à l'embauche fondée sur l'origine* ; CA Toulouse, 19 février 2010, n° 08/06630 ; Soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873 ; DDD, déc. n° MLD-2013-250 du 4 février 2014 *relative à un refus d'embauche discriminatoire en raison de l'origine* ; E. CEDIEY, F. FORONI, *Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à l'origine et au sexe. Résultat d'une recherche-action au sein du groupe Casino*, Lyon, ISM-CORUM, 2005. L'expérience a été reproduite en 2005 et 2011.

[3037] Par ex. F. JOBARD, S. NEVANEN, « La couleur du jugement : Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *RFS*, n° 2, 2007, p. 243-72.

[3038] CNIL, recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, n° 5.

[3039] V. par ex. CNIL, délib. n° 2006-020 du 2 février 2006 *portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la SOFRES d'un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à constituer un échantillon de sondage à partir d'un tri sur la consonance du nom des intéressés susceptible de faire apparaître leurs opinions religieuses* ; CNIL, délib. n° 2006-190 du 6 juillet 2006 *portant refus d'autorisation […]*, *op. cit.*

[3040] F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit.*, p. 40.

[3041] CNIL, recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, n° 4. Par ex. CNIL, délib. n° 96-105 du 3 décembre 1996 *portant recommandation relative à l'utilisation de fichiers à des fins politiques au regard de la loi du 6 janvier 1978*, § 2.1.4.

[3042] CNIL, délib. n° 2014-232 du 22 mai 2014 *autorisant le laboratoire LAB'URBA de l'Université Paris Est Créteil à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'une étude sur les facteurs et les pratiques de discrimination en matière de demande de logement social*.

supposée depuis le fichier des abonnés de l'annuaire téléphonique[3043], une origine géographique des fichiers de logement[3044], ou encore l'appartenance supposée à la « *communauté arabe ou musulmane* » à partir de fichiers de l'enseignement supérieur[3045]. En revanche elle a rejeté par deux fois pour défaut de consentement et d'intérêt public un projet d'enquête diligenté par une association cultuelle qui cherchait à construire un échantillon de sondage communautaire sur la base d'une sélection aléatoire de noms à consonance juive dans le fichier des abonnés au téléphone, puis dans la version remaniée du projet, dans un fichier de gestion de donateurs[3046]. Ces précédents enseignent que l'analyse onomastique doit avoir un minimum de caractère scientifique et ne pas être « *déterministe* »[3047]. Dans l'enquête précitée, la CNIL a considéré que le postulat selon lequel les personnes sélectionnées appartenaient à la communauté juive, car leur nom figurait dans un guide des patronymes juifs était contestable, *a fortiori* sur la base de ce seul élément[3048]. La HALDE et le Défenseur des droits se réfèrent quant à eux à la consonance du patronyme, ce qui semble introduire un aléa[3049]. En tout état de cause, la CNIL et le Défenseur des droits recommandent d'introduire l'étude onomastique dans une analyse multifactorielle[3050]. Cette méthode trouve un intérêt particulier au contentieux, ce qui montre qu'il peut être intéressant de l'exploiter dans une optique préventive. La HALDE s'en est par exemple servie dans une affaire de discrimination à l'embauche, pour démontrer une sous-

---

[3043] CNIL, délib. n° 2006-170 du 27 juin 2006 *portant autorisation de mise en œuvre par l'Institut national des études démographiques (INED) d'une enquête intitulée « intégration des secondes générations en Europe »* ; C. HAMEL, « L'enquête européenne TIES : *The Integration of European Second Generation* – Méthode d'échantillonnage : patronymes et screening téléphonique » *in* E. CEDIEY E. CEDIEY (dir.), *La mesure des discriminations liées à l'origine : Statistiques et testing présentés lors du colloque du 22 octobre 2007 à Lyon*, ISM-Corum, Lyon, 2007, p. 39-45. Pour une critique, v. A. BLUM, F. GUERIN-PACE, H. LE BRAS, « L'obsession différencialiste. L'alibi de l'enquête statistique » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al.*, *Le retour de la race […]*, *op. cit.*, spéc. p. 127-39.

[3044] CNIL, délib. n° 2014-232 du 22 mai 2014 *autorisant le laboratoire LAB'URBA […]*, *op. cit.*

[3045] CNIL, délib. n° 2006-190 du 6 juillet 2006 *portant refus d'autorisation de mise en œuvre […]*, *op. cit.* (la CNIL avait pointé un défaut de transparence, corrigé par la suite) ; M. – N. DECHARNE, E. LIEDTS, *Porter un prénom arabe […]*, *op. cit.*

[3046] CNIL, délib. n° 2006-020 du 2 février 2006 *portant refus d'autorisation […]*, *op. cit.* ; CNIL, délib. n° 2006-78 du 21 mars 2006 *portant refus d'autorisation de mise en œuvre par le conseil représentatif des institutions juives de France d'un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à constituer un échantillon de sondage à partir d'un tri sur le nom des intéressés.*

[3047] CNIL, délib. n° 2014-232 du 22 mai 2014 *autorisant le laboratoire LAB'URBA […]*, *op. cit.*

[3048] CNIL, délib. n° 2006-020 du 2 février 2006 *portant refus d'autorisation […]*, *op. cit.* ; CNIL, délib. n° 2006-78 du 21 mars 2006 *portant refus d'autorisation de mise en œuvre par le conseil […]*, *op. cit.*

[3049] V. par ex. HALDE, délib. n° 2008-135 du 16 juin 2008 *relative à un refus d'embauche […]*, *op. cit.* ; DDD, déc. n° MLD-2013-250 du 4 février 2014 *relative à un refus d'embauche discriminatoire en raison de l'origine*.

[3050] CNIL, recom. *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, n° 5 ; CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*, p. 39 et 74. V. par ex. CNIL, délib. n° 2014-232 du 22 mai 2014 *autorisant le laboratoire LAB'URBA […]*, *op. cit.*

représentation statistique des personnes d'origine maghrébine injustifiée[3051]. Toujours à propos d'un cas de discrimination à l'embauche, le Défenseur des droits a procédé à une étude analogue de la diversité des origines au sein des effectifs d'une grande société de fabrication d'hélicoptères. Il a constaté que l'entreprise, à compétences égales, employait davantage de salariés ayant des patronymes à consonance maghrébine en CDD qu'en CDI. Après avoir procédé à l'analyse comparative et chiffrée à deux reprises au cours d'une même année des effectifs de l'organisation, il a observé que ces personnes avaient moins de 60 % de chances de bénéficier d'un contrat à durée indéterminée, alors que la moyenne des salariés avait plus de 85 % de chances de bénéficier d'un tel contrat[3052].

596. Ressenti – À côté des données objectives, le Conseil d'État a reconnu la légitimité d'éléments subjectifs pour mesurer la diversité des origines tels qu'ils sont mentionnés dans le commentaire de la décision du 15 novembre 2007 aux Cahiers du Conseil constitutionnel. Deux procédés fondés sur le ressenti des personnes se prêtent à la mesure de la diversité des origines : celui de l'auto-déclaration et celui de l'auto-hétéro-perception[3053]. Le principe de l'auto-déclaration (ou auto-identification) est de recueillir le classement spontané des personnes enquêtées dans des affiliations identitaires ou d'exprimer ses sentiments sur les discriminations à partir d'une liste fermée, semi-ouverte (une catégorie « autre ») ou sans aucune liste préétablie. Une question ouverte peut être assortie ou non d'exemples susceptibles de guider le répondant. De manière générale, l'approche peut-être substantive (les catégories sont prises comme des réalités évidentes : « *à quel groupe ethnique appartenez-vous* »[3054]) ou subjective (le caractère relatif et personnel de la réponse est privilégié : « *indiquez quel est, selon vous, votre groupe ethnique* »[3055]). Le sens de l'auto-déclaration est de se situer au plus près des représentations et des identifications signifiantes. L'intérêt est évidemment de pallier l'absence de définition de certains critères en droit interne et de couvrir des dimensions de l'identité que les données objectives ne peuvent pas saisir ouvertement. La subjectivité de cette pratique a conduit à utiliser l'expression de ressenti d'appartenance comme un synonyme, étant donné

[3051] HALDE, délib. n° 2008-135 du 16 juin 2008 *relative à un refus d'embauche […], op. cit.*, § 36. V. aussi HALDE, délib. n° 2009-42 du 9 février 2009 *relative à un refus d'embauche […], op. cit.* ; HALDE, délib. n° 2010-129 du 31 mai 2010 *relative à une réclamation […], op. cit.* ; CA Toulouse, 19 février 2010, n° 08/06630 ; Soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873.
[3052] DDD, déc. n° MLD-2013-250 du 4 février 2014 *relative à un refus d'embauche […], op. cit.*, § 69-82.
[3053] Sauf mention contraire, les lignes qui suivent sont tirées de F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […], op. cit.*, p. 25-6 et 54-60.
[3054] *Ibid.*, p. 55.
[3055] *Ibid.*

qu'il s'agit de laisser « *libre cours à l'expression d'une identité* »[3056], à une « *positivité revendiquée et ressentie* »[3057]. Cette méthode est privilégiée par les instances internationales et le Conseil de l'Europe, car elle se raccroche à une identification interne respectueuse de l'autonomie individuelle et de la rationalité de l'individu[3058]. Avec résonnance dans le contexte français, elle « *libéraliserait les références ethniques en les détachant du monopole de la fatalité communautarienne discriminatoire* »[3059] et éviterait l'écueil d'une forme de « *citoyenneté différenciée* »[3060] entretenue par les données sur l'origine ou la nationalité.

597. L'auto-hétéro-perception consiste pour une personne à déclarer comment elle pense être perçue par autrui. La question posée est du type « *vous sentez-vous perçu comme… ?* »[3061]. Elle vise à apporter un témoignage des catégorisations qui opèrent dans la vie quotidienne de la personne interrogée. Elle peut prendre une forme ouverte ou fermée (les mêmes questions seront alors successivement posées en fonction de diverses catégorisations). Elle peut être circonstanciée (en famille, entre amis, au travail, etc.) et graduée (systématiquement, souvent, parfois, jamais). La méthode est difficile à appréhender, car elle fait entrer en jeu de nombreux ressorts psychosociaux (risque de redoubler les stigmates, opposition, etc.). Bien qu'elle n'ait pas été mentionnée dans le commentaire aux Cahiers ou dans l'avis du Conseil d'État, le CSA se réfère simplement à l'hétéro-perception dans son baromètre de la diversité, soit la perception par un tiers[3062].

598. Selon la rapporteure de la CNIL en 2007, le ressenti pourrait porter sur toutes les « *caractéristiques visibles, audibles ou perceptibles* »[3063]. La religion n'est pas mentionnée, mais rien ne s'y oppose dès lors que l'enquête satisfait aux obligations légales et

---

[3056] M. CLEMENT, *Rapport de l'enquête « Mesure de la diversité ». Une enquête expérimentale pour caractériser l'origine*, INED, 2006, p. 32.
[3057] J. STAVO-DEBAUGE, « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations. Deuxième partie : Apprêter un chemin au droit et confectionner des "catégories" pour l'action publique », *Carnets de bord*, nº 7, 2004, p. 51.
[3058] J. RINGELHEIM, « Recueil de données, catégories ethniques et mesures des discriminations : un débat européen », *RTDH*, nº 82, 2010, p. 301-3.
[3059] R. MEDARD, *La République face aux droits des minorités : lire l'ordre juridique français à partir de la théorie de Will Kymlicka*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 157.
[3060] Y. SABEG, « Intervention de Y. Sabeg » *in* CAS, *Statistiques « ethniques » : éléments de cadrage*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 108.
[3061] F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit.*, p. 26.
[3062] V. par ex. CSA, *Baromètre de la diversité de la société française. Vague 2019*, 2020, p. 7.
[3063] A. DEBET, *Mesure de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 30 ; CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances : Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012, p. 71. Au contraire, la HALDE rejetait les « *données anthropomorphiques* », v. HALDE, délib. nº 2006-31 du 27 février 2007 *relative à la mesure des discriminations liées à l'origine « ethnique »*.

jurisprudentielles. La Commission et le Défenseur des droits recommandent aux acteurs de l'emploi que les questions sur le ressenti soient ouvertes, afin de ne pas être interprétées comme un référentiel de catégories ethno-raciales[3064]. Les interrogations déterministes faisant référence à des catégories ethniques ou raciales (« *quelle est votre origine ethnique ?* », « *quelle est votre origine raciale ?* », « *à quelle race appartenez-vous ?)* » ne sont donc pas recommandées dans ce cadre[3065]. Ainsi, un procédé de classement par auto-identification dans des catégories ethno-raciales tel qu'il a été utilisé dans l'enquête expérimentale « *Mesure de la diversité* »[3066] en 2006 ou dans l'enquête du CRAN sur les discriminations ethno-raciales en 2007, serait peut-être aujourd'hui jugé contraire à la décision du Conseil constitutionnel[3067]. En pratique, la CNIL a admis au titre de l'article 6 des déclarations sur le « *ressenti de discriminations fondées par exemple sur la couleur de* [la] *peau* »[3068], mais également des questions « *invitant la personne interrogée à indiquer, selon elle et au regard de son histoire familiale, quelles seraient ses origines* »[3069] ou encore à livrer une « *définition subjective des populations "minoritaires" et "majoritaires"* »[3070]. Ce type d'enquête peut aussi être ouvert aux employeurs dès lors que des précautions méthodologiques sont prises pour assurer la validité scientifique du questionnaire, tel qu'un échantillonnage portant sur l'ensemble des effectifs, un usage limité à un complément d'enquête et la maîtrise d'œuvre confiée à une structure tierce[3071]. En revanche, il est inopérant au contentieux.

599. Appréciation – Terme fourre-tout, le ressenti est critiqué pour sa pertinence scientifique. Les auto-déclarations sont flottantes (multiple façon de comprendre la question

---

[3064] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*, p. 72.
[3065] *Ibid*., p. 72. Pour autant, elles semblent admises dans le cadre d'études à des fins scientifiques. V. par ex. M. EBERHARD, P. SIMON, *Expériences et perceptions des discriminations […]*, *op. cit*., p. 11.
[3066] P. SIMON, M. CLEMENT, « Comment décrire la diversité des origines en France ? Une enquête exploratoire sur les perceptions des salariés et des étudiants », *Population et Sociétés*, n° 425, 2006, p. 1-4 ; P. SIMON, M. CLEMENT, *Rapport de l'enquête « Mesure de la diversité » […]*, *op. cit.*, 2006.
[3067] CRAN, TNS SOFRES, *Les discriminations à l'encontre […]*, *op. cit*., p. 4.
[3068] CNIL, délib. n° 2009-364 du 25 juin 2009 *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 de données à caractère personnel nécessaires à la réalisation de post-enquêtes qualitatives de l'enquête « Trajectoires et Origines »*. Cette question sur la couleur de peau a été retirée après la décision de 2007.
[3069] CNIL, délib. 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)*. Le questionnaire est disponible à cette adresse.
[3070] CNIL, délib. n° 2008-180 du 26 juin 2008 *autorisant l'institut d'études démographiques […]*, *op. cit.*
[3071] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*, p. 69-72. V. par ex. E. DRUEZ, « Réussite, racisme et discrimination scolaires : l'expérience des diplômé·e·s d'origine subsaharienne en France », *Terrains et travaux*, 2016, n° 2, 2016, p. 21-41 ; M. EBERHARD, P. SIMON, *Expériences et perceptions […]*, *op. cit.*

posée), leur degré de finesse est variable (réponse pas toujours claire), ce qui fait qu'elles manquent de fiabilité, de pertinence, de permanence dans le temps ou encore se prêtent mal au rendu scientifique (accroissement et inanité des catégories)[3072]. En définitive, ce qui importerait « *n'est pas comment le discriminé se voit ni comment il pense que les autres le voient, mais bien comment il est réellement vu par les autres* »[3073], même si cette « *instabilité consubstantielle* […] *est* [aussi] *un objet d'analyse en soi* »[3074]. Le ressenti souffre également de biais formels, car aucune variation de questionnaire n'est neutre (contexte d'étude, représentations de la personne interrogée, modalités de réponse, etc.)[3075]. Alors que le taux de non-réponse pourrait encore limiter la qualité de la collecte – d'autant que les victimes de discrimination répondraient le moins – les données objectives permettraient finalement d'aboutir aux mêmes résultats[3076].

600. Pour conclure ce panorama méthodologique, il n'est pas certain que cet ensemble soit intelligible par les acteurs de terrains. En outre, il peut exister un écart entre ceux qui ont la volonté et les moyens de jouer le jeu du cadre statistique sur la mesure de la diversité des origines et les autres. À cet égard, un guide élaboré par une section syndicale locale élaboré en 2008 mentionnait, avec peu de rigueur au vu du droit positif de l'époque que « *regarder le patronyme des personnes* […] *peut être un indicateur pour construire une classification particulière* ["Français", "Étrangers" et "Origine étrangère ou Dom-Tom"] *qui permet d'obtenir une* […] *photographie de l'entreprise* […] *relativement simple à remplir (sauf pour la partie "origine étrangère" qui ne peut être remplie qu'intuitivement* »[3077]. Le risque de différenciations statistiques à deux vitesses dans un même ordre juridique n'est donc pas exclu.

[3072] Par ex. F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport du COMEDD au commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances, 2010, p. 58 ; R. CUSSO, « Spécificité de la perception des discriminations en France » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al*., *Le retour de la race […]*, *op. cit.*, p. 154.

[3073] J. –F. AMADIEU, « Subjectivité et objectivité dans la mesure des discriminations » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 177 ; D. SABBAGH, « Éléments de réflexion […] », *op. cit.*

[3074] F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit.*, p. 58.

[3075] H. LE BRAS, « Les classifications se suivent […] », *op. cit.*, p. 102 ; S. JUGNOT, « Peut-on promouvoir les statistiques ethniques sans référentiel et sans impliquer la statistique publique, notamment le recensement ? » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al*., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 115.

[3076] J. –F. AMADIEU, « Subjectivité et objectivité […] », *op. cit.*, p. 178 ; S. JUGNOT, « Peut-on promouvoir les statistiques ethniques […] », op. cit., p. 110.

[3077] CFDT, INTERCE FORCES, *Construire un accord d'entreprise sur la diversité et contre les discriminations. Outil à l'usage des élus de CE et délégués syndicaux*, 2008, p. 5.

B – L'encadrement des sources

601. Position du problème – La question de la méthodologie employée pour mesurer la diversité ne se pose pas de la même façon si le traitement est opéré par un organisme de recherche public comme l'INSEE ou par une entreprise privée, ou encore selon qu'est visé le recensement démographique national ou l'exploitation de fichiers de gestion par exemple. Les opérations statistiques relèvent de stratégies différenciées selon les acteurs, le contenu et les sources des données[3078]. Ce réalisme explique que les recommandations de la CNIL et du Défenseur des droits s'imposent en pratique, bien qu'elles n'aient pas de caractère contraignant[3079]. En tout état de cause, le juge administratif refuse de façon constante de se prononcer sur le choix d'une méthode scientifique[3080]. Deux sources sont principalement exploitées dans le cadre de la mesure de la diversité intégrée aux pratiques de gestion des employeurs.

602. Fichiers de gestion – Les fichiers de gestion des administrations ou des entreprises recèlent de nombreuses données, telles que les noms et prénoms, le sexe, l'âge, la nationalité, le lieu de naissance, l'adresse, la mention d'un handicap, le mandat de représentation du personnel, la situation de famille ou l'état de santé, qui peuvent être utilisées pour mesurer la diversité[3081]. La CNIL et le Défenseur des droits autorisent sous certaines conditions leur exploitation et en détaillent les applications[3082]. Néanmoins, l'intérêt de ces fichiers est limité. Ils ne peuvent contenir de données sensibles, qui, si elles étaient demandées lors du recrutement pourraient constituer une discrimination directe, sauf si elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée[3083]. Conformément au principe de collecte pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, le traitement n'est possible qu'à sens unique et ne peut se prêter à un usage *ex post*[3084].

[3078] Sur les sources, v. A. DESROSIERES, « Enquêtes versus registres administratifs : réflexions sur la dualité des sources statistiques », *Courrier des statistiques*, n° 111, 2004.
[3079] D. FOREST, « Statistiques ethniques dans l'entreprise : une occasion de réformer la loi du 6 janvier 1978 », *Revue Le Lamy Droit de l'immatériel*, n° 29, 2007.
[3080] Par ex. CE, ssr., 11 mars 2015, n° 383062.
[3081] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*. p. 37.
[3082] CNIL, recom. *Mesure de la diversité et protection des données personnelles*, 16 mai 2007, n° 1 et 2 ; CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*. p. 34-65.
[3083] Art. L. 1133-1 C. trav. ; art. 4, § 2, dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité […]*, *op. cit.*
[3084] Art. 4, 2°, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique […]*, *op. cit*.

603. Enquêtes *ad hoc* – À côté de l'exploitation des données contenues dans les fichiers de gestion, la mesure de la diversité peut aussi être conduite par des enquêtes (questionnaire écrit, entretien, etc.). Par rapport à la source précédente, cette méthode a l'avantage d'offrir un fond de données plus important (notamment la nationalité et le pays d'origine des parents de la personne enquêtée, son ressenti d'appartenance ou des discriminations). Néanmoins, elle est aussi plus contraignante à mettre en œuvre. Par exemple, lorsque le consentement est recueilli, il doit figurer sur un autre document que le questionnaire, sous peine de rompre l'anonymat à la source[3085]. Le Défenseur des droits admet le principe de statistiques dans des bassins d'emplois, des secteurs d'activité ou même au sein des entreprises de grande taille[3086]. À nouveau, les informations collectées ne devront en aucun cas être utilisées rétrospectivement dans les fichiers de gestion[3087]. Un doute a subsisté un temps, car la CNIL semblait admettre que les employeurs puissent utiliser un identifiant particulier pour suivre des trajectoires individuelles[3088]. Cependant, il est désormais recommandé de garantir l'anonymat des données collectées par questionnaire pour les employeurs, ce qui paraît incompatible avec ce cas de figure étant donné que l'identifiant doit être apparié à une personne[3089]. Aux fins de parfaire la qualité de l'étude, dans la mesure du possible et en fonction de la finalité de l'enquête, les données collectées devraient s'accompagner d'éléments sur les inégalités sociales pour faciliter les analyses multicritères, tels que le parcours scolaire et professionnel de l'individu enquêté, des sources potentielles d'inégalités observables à la naissance, etc.[3090].

604. L'encadrement des sources des données utilisées pour analyser la vulnérabilité de l'organisation fait écho à un autre encadrement, celui des procédures.

[3085] CNIL, délib. n° 85-73 du 26 novembre 1985 *portant modification de la délibération n° 81-77 du 9 juin 1981 concernant une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives relatives à des opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou faisant apparaître les origines raciales ou les appartenances syndicales par les entreprises privées de sondage*.
[3086] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*. p. 66-83.
[3087] CNCDH, ass., *Avis sur les statistiques « ethniques »*, 22 mars 2012, p. 9.
[3088] CNIL, recom. *Lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, § 2.2.2.
[3089] CNIL, DDD, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances […]*, *op. cit.*. p. 68.
[3090] F. HERAN (dir.), *Inégalités et discriminations […]*, *op. cit.*, p. 219-20.

SECTION 2 – LA SECURISATION DES *PROCEDURES*

605. Position du problème – Plan – La sécurisation des *process* organisationnels vise à faire « *évoluer les politiques et les pratiques en matière de recrutement, de gestion des carrières, de fixation et d'évolution des salaires, de mobilité, de formation… pour qu'une plus grande diversité en termes de sexe, d'âge, d'origine… soit représentée dans les effectifs* »[3091]. Bien que la finalité de ce processus soit de rendre les *process color-blind*, le procédé n'en est pas moins différencialiste dans son application. En effet, la sécurisation des *process* suppose de tenir compte des motifs de différenciation illégitimes. L'opération consiste à évaluer systématiquement les effets potentiellement discriminatoires des normes organisationnelles qui régissent le fonctionnement d'une structure. Elle nécessite donc de porter un regard affûté sur les dispositions, les critères ou les pratiques du quotidien susceptibles de générer une différence de traitement défavorable pour un individu ou un groupe d'individus à raison d'un motif discriminatoire. En d'autres termes, la sécurisation des procédures revient à se demander si les routines organisationnelles risquent de causer un préjudice aux personnes qui ont une caractéristique identifiée par la loi qui les distingue des autres individus. Sous cet angle, l'examen des *process* doit permettre de les expurger de leurs dimensions directement ou indirectement discriminatoires[3092]. Une mesure prise au bénéfice des personnes travaillant à temps plein, par exemple, ne sera pas simplement analysée dans ses implications économiques et sociales. Il sera tenu compte également de son effet défavorable objectif sur les femmes qui, plus souvent que les hommes, travaillent à temps partiel[3093]. Les employeurs prendront acte du fait que la priorité accordée aux enfants du personnel pour l'accès aux stages ou aux emplois saisonniers exclut d'autres jeunes sur le fondement de leur situation de famille[3094]. Ils s'attacheront encore à examiner le déroulement de la carrière du personnel pour s'assurer qu'aucun retard injustifié ne grève leur évolution professionnelle[3095]. Dans ce cadre, les acteurs doivent anticiper ce type d'effet défavorable et tenter de le réduire autant que possible. La sécurisation doit être pensée *by design*, c'est-à-dire dès la conception d'une procédure, d'un

---

[3091] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination. Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, DARES, n° 182, 2014, p. 33.
[3092] V. l'ex. de la SNCF *in* A. PREVERT, *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 348-54.
[3093] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 80.
[3094] DDD, délib. n° 2009-356 du 26 octobre 2009 *relative aux emplois saisonniers réservés aux enfants du personnel*. V. ég. à propos de la pratique du parrainage HALDE, délib. n° 2011-27 du 31 janvier 2011 *relative au refus opposé à une demande de contrat de professionnalisation dans un cabinet d'expertise comptable*.
[3095] V. par ex. Soc., 25 septembre 2013, n° 12-16.790 : le salarié était le seul au sein de son équipe de travail à être d'origine étrangère et à ne pas avoir le statut de cadre.

service ou encore d'une stratégie[3096]. L'exercice suppose ensuite de maintenir une conscience du risque, précisément pour empêcher sa réalisation dans le temps. Ce phénomène de conscientisation est amplifié par la multiplication des motifs, qui impliquent de redoubler de vigilance.

606. Ce travail de sécurisation suppose d'intégrer le droit de la non-discrimination dans les routines organisationnelles sous la forme de standards de comportement[3097]. À cette fin, les normes relatives à la diversité contiennent des orientations ou des recommandations « *sur la manière de procéder "légalement" ou "efficacement en droit", c'est-à-dire au mieux de ses intérêts et avec un maximum de sécurité* »[3098]. La démarche sera d'autant plus utile en cas de recours contentieux civil ou administratif, où l'aménagement de la charge de la preuve conduit à caractériser la discrimination par un résultat et non par une intention, car le juge sera susceptible d'être attentif aux actions déployées par l'employeur pour prévenir ce risque. De ce point de vue, ces mesures se rapprochent du premier âge de l'antidiscrimination aux États-Unis dans les années 1960[3099]. Elles en reprennent les principes (§ 1), mais se heurtent aussi à certaines limites (§ 2).

§ 1 – Les principes de la sécurisation des *process*

607. Plan – Parce que « *la discrimination* […] *n'a pas d'auteur* »[3100], les normes relatives à la diversité recommandent de rendre les procédures aussi formalisées (A) et objectives que possible (B) pour lutter contre ce phénomène.

[3096] Sur cet aspect, v. par ex. C. GRANIER, « L'originalité normative de la compliance by design » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 269-77 ; M. C. CHAMMAS, « Compliance by design », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, nº 2, 2020, p. 15-7.

[3097] G. CALVES, « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, nº 117, 2001, p. 173.

[3098] A. JEAMMAUD, « Normes juridiques et action » *in* M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 120.

[3099] G. CALVES, « Les politiques françaises de lutte contre le racisme, des politiques en mutation », *French Politics and Society*, nº 3, 2000, p. 78.

[3100] G. CALVES *in* E. BENBASSA, J. –R. LECLERF, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale relatif à la lutte contre les discriminations*, Sénat, nº 94, 2014, p. 60.

A – La formalisation des *process*

608. Plan – Les organisations sont incitées à expliciter et encadrer les critères et les dispositions qui orientent leurs *process*. Cette formalisation concerne notamment les procédures de gestion des ressources humaines (1) et les procédures de réclamations (2).

1 – La formalisation des procédures de gestion des ressources humaines

609. Consistance – La formalisation consiste à encadrer les pratiques de gestion des ressources humaines d'une organisation. Une procédure formalisée permet de réduire le risque discriminatoire, en limitant la subjectivité et l'arbitraire. Elle renforce l'égalité de traitement lors de toutes les étapes de la gestion du personnel à travers la transparence et la traçabilité des décisions[3101]. La transparence implique que les processus et critères qui motivent les prises de décisions soient facilement identifiables et connus de tous. Cette exigence est une condition de la détection des différences de traitement illégitimes. Elle contribue à expurger les discriminations directes des *process* et à diminuer le sentiment discriminatoire qui pourrait découler d'un refus d'embauche dont les motifs n'auraient pas été clairement exposés[3102]. La traçabilité consiste à formaliser et à conserver les informations ayant conduit à la décision et donc, le cas échéant, à les justifier. En matière d'embauche, de nombreuses recherches ont montré que les procédures d'entretien standardisées réduisaient les disparités injustifiées entre les individus par rapport aux procédures d'entretien non standardisées[3103].

610. Une exigence juridictionnelle – Au contentieux, l'employeur doit pouvoir justifier ses décisions. Le juge est attentif au respect de l'exigence de formalisation. La CJUE rappelle que « *dans le cadre de l'appréciation globale des faits, l'apparence de discrimination fondée sur* [un motif prohibé] *pourrait être réfutée à partir d'un faisceau d'indices concordants* [telle] *que l'existence de dispositions expresses en matière de politique de recrutement pour garantir le respect du principe de l'égalité de traitement* »[3104]. La jurisprudence judiciaire est très claire sur ce point, dès lors que « *la vérification par le juge du caractère objectif des justifications avancées par l'employeur suppose* […] *que soient connues avant le recrutement les exigences requises pour le poste considéré, en termes de niveau de formation et d'expérience*

[3101] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 2017, p. 21.
[3102] V. par ex. DDD, déc. nº MLD-2013-172 du 2 octobre 2013 *relative à un refus d'embauche discriminatoire*.
[3103] J. LEVASHINA, C. J. HARTWELL, F. P. MORGESON et *al*., « The structured employment interview: Narrative and quantitative review of the research literature », *Personnel Psychology*, nº 1, 2014, p. 241–93.
[3104] CJUE, ch., 25 avril 2013, nº C-81/12, *Accept*.

professionnelle. En l'absence de définition préalable de ces éléments, l'employeur dispose de la faculté de concevoir a posteriori toutes les justifications appropriées si une pratique discriminatoire est alléguée »[3105]. Par conséquent, l'absence de transparence préalable sur le niveau de diplôme exigé pour un emploi exclut de considérer cette exigence de qualification comme un élément objectif pour justifier un refus de recrutement[3106].

611. Standardisation des pratiques – La formalisation des procédures de gestion des ressources humaines est à la base des recommandations contenues dans les normes traitant de la diversité[3107]. Le cahier des charges du Label diversité offre une bonne illustration de cette démarche. Il se présente comme un « *guide en termes de méthodologie* »[3108] fournissant la marche à suivre étape par étape pour formaliser les *process* antidiscriminatoires d'une organisation. Pour obtenir le Label, l'organisme candidat doit d'abord évaluer sa vulnérabilité face au risque en identifiant les principaux critères de discrimination auxquels il est exposé. Cette analyse doit servir à élaborer une politique pertinente[3109]. À partir de ces données, le cahier des charges impose de formaliser l'ensemble des exigences de non-discrimination que les procédures de gestion de carrière et des recrutements devront respecter[3110]. Concernant le recrutement par exemple, l'organisme candidat indique dans ses offres des exigences claires par métier, ainsi que les processus de recrutement associés. La rédaction et la diffusion doivent être réalisées en tenant compte des règles de féminisation et de neutralité des fiches de poste. Le suivi quantitatif et qualitatif des candidatures doit permettre de justifier des choix opérés. Le tri s'appuie uniquement sur les compétences identifiées dans le profil de poste. L'organisme communique le processus de recrutement aux candidats présélectionnés. L'adéquation entre leurs compétences et celles qui sont attendues par le recruteur doit être vérifiée et faire l'objet d'un suivi. Toutes les candidatures non retenues font systématiquement l'objet d'une réponse, dans un délai raisonnable. Des explications adaptées sont apportées par l'organisme à tout candidat qui en fait la demande. La même attention doit être portée lorsque le processus est

---

[3105] CA Toulouse, ch., 19 février 2010, n° 08/06630, *M. Louzaï c. Airbus*.
[3106] HALDE, délib. n° 2008-135 du 16 juin 2008 *relative à un refus d'embauche au poste d'agent de fabrication fondé sur l'origine du réclamant* ; HALDE, délib. n° 2006-190 du 18 septembre 2006 *relative à un refus d'embauche en CDD d'un enseignant vacataire*.
[3107] V. par ex. ES ENERGIES STRASBOURG, *Accord d'entreprise en faveur de la diversité et contre les discriminations au sein d'És Énergies Strasbourg*, 28 juin 2010, p. 6 ; PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015, p. 10.
[3108] AFNOR, « *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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 3.
[3109] *Ibid*., p. 6.
[3110] *Ibid*., p. 12-4.

externalisé. L'organisme doit s'assurer que ses propres exigences sont appliquées par le prestataire et que ce dernier garantit bien la formalisation des *process*.

612. Ainsi, ces prescriptions contribuent à standardiser les *praxis* de gestion des ressources humaines[3111], entendues ici en référence au *sein*, à savoir l'état habituel, conforme à la majorité des cas, à la norme moyenne de prévention discriminatoire[3112]. Dans ce cadre, les normes relatives à la diversité participent de la compréhension et de l'application des exigences du système juridique. Ils assurent la liaison entre la législation et les pratiques, afin de refouler celles qui sont discriminatoires ou qui pourraient l'être. Le cas échéant, ces procédures pourront être examinées par le juge pour apprécier les comportements de l'employeur mis en cause[3113].

2 – La formalisation des procédures de réclamation

613. Notion et régime juridique – Toujours dans l'optique de renforcer la traçabilité et la transparence, les organisations mettent en place une cellule d'écoute et de traitement des réclamations portant sur les discriminations supposées ou avérées entre les (anciens) membres du personnel ou les candidats à l'embauche. Pour rappel, la CNIL a défini ce type d'alerte éthique comme « *un système mis en œuvre par des organismes publics ou privés, à destination des membres de leur personnel ou des collaborateurs extérieurs et occasionnels pour les inciter, en complément des modes normaux d'alerte sur les dysfonctionnements de l'organisme, à signaler à l'employeur des comportements, dont ils ont eu personnellement connaissance, qu'ils estiment contraires aux règles applicables et pour organiser la vérification de l'alerte ainsi recueillie au sein de l'organisme concerné* »[3114]. Ce mécanisme consiste à mettre à la disposition du personnel et de toute autre personne exerçant une activité dans l'organisation ou en partenariat avec elle, divers moyens (comme un numéro de téléphone, une adresse électronique, un référent) leur permettant de dénoncer des actes répréhensibles au regard des

[3111] V. par ex. M. CHARPENEL, H. DEMILLY, S. POCHIC, « Égalité négociée, égalité standardisée ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 37, 2017, p. 143.
[3112] En ce sens, S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, n° 38, 2011, p. 1663-9.
[3113] V. par ex. CA Toulouse, ch., 19 février 2010, n° 08/06630, *M. Louzaï c. Airbus.*
[3114] CNIL, délib. 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).* Sur l'alerte professionnelle, v. L. GAMET, « Le Whistleblowing (ou le salarié mouchard) », *BMIS*, n° 3, 2006, p. 307-19 ; M. D'HAULTEFOEUILLE, N. MARTIN, S. CISSE, « Le whistleblowing en France : Influences et défis juridiques », *CDE*, n° 5, 2014, p. 33-7 ; L. FLAMENT, « Comment mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle ? », *JCP S*, n° 13, 2013, p. 28-32 ; AFMD, ORSEE, *Les systèmes de traitement des réclamations liées à la discrimination*, 2013 ; S. SLAMA, J. –F. FOEGLE (dir.), « Dossier thématique n° 1 : Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme », *LRDH*, n° 10, 2016.

dispositions légales ou des règles d'origine éthique ayant cours dans la structure et dont ils auraient connaissance.

614. À l'origine, ces mécanismes de recueillement des signalements ont été conçus pour lutter contre la corruption et les pratiques frauduleuses en matière comptable et financière. Ils ont été développés dans les codes de conduite des entreprises au lendemain de la promulgation de la loi américaine Sarbannes-Oxley en 2002. Ils ont ensuite été étendus à d'autres questions, comme l'environnement, la sécurité au travail, le harcèlement ou les discriminations. Le Label diversité a largement contribué à les démocratiser dans ce domaine, car il préconise de mettre en place une cellule d'écoute et de traitement des réclamations portant sur des discriminations supposées ou avérées[3115]. Devant les risques pour les droits et libertés des individus soulevés par le traitement des données à caractère personnel que supposent ces dispositifs, le droit les a progressivement encadrés à partir de 2005. La CNIL a fixé dans une décision d'autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel les conditions à respecter pour mettre en place un tel système au regard de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[3116]. Le champ d'application de cette autorisation simplifiée était néanmoins restreint et excluait la discrimination, comme a eu l'occasion de le rappeler la Cour de cassation[3117]. À la demande de deux sociétés commerciales, la CNIL a précisé en 2011 les conditions de la mise en œuvre des dispositifs d'alerte professionnelle dans le cadre du Label diversité[3118]. Puis, devant la multiplication des demandes d'autorisations spécifiques sollicitées dans ce cadre, la Commission a assoupli sa position en 2014, en incluant les dispositifs d'alerte ayant trait aux discriminations dans le champ d'application de l'autorisation unique[3119]. Avec l'entrée en vigueur du RGPD, et à la suite des recommandations du Défenseur des droits, elle a récemment adopté un référentiel de traitements de données à caractère personnel pour la mise

---

[3115] AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges de labellisation […], op. cit.*, p. 9 et 17.

[3116] CNIL, délib. 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 (décision d'autorisation unique n° AU-004).*

[3117] Soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191 : *SSL*, n° 1439, 2010, p. 107 concl. B. ALDIGE.

[3118] CNIL, délib. 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* ; CNIL, délib. 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.*

[3119] CNIL, délib. n° 2014-042 du 30 janvier 2014 *modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.*

en œuvre d'un mécanisme d'alerte professionnelle[3120]. Le fait qu'en 2016 le Conseil d'État ait consacré son étude annuelle au droit d'alerte manifeste le dépassement de la défiance originelle qui prévalait au sujet de cette procédure[3121]. À cet égard, les mécanismes de signalement adoptés pour répondre aux recommandations des normes portant sur la diversité ont sans aucun doute participé à préparer l'évolution du droit. Un pas supplémentaire a été franchi ensuite avec la loi « Sapin II » portant création d'un régime de protection des lanceurs d'alerte en matière de corruption[3122]. Ce type de dispositif a ensuite été étendu aux droits humains et aux libertés fondamentales avec le plan de vigilance des sociétés donneuses d'ordre, puis spécialement aux discriminations avec la loi de transformation de la fonction publique[3123]. À l'occasion de la transposition de la directive sur la protection des personnes signalant des violations du droit de l'Union, le Défenseur des droits a appelé à renforcer la protection des lanceurs d'alerte à travers le contrôle du respect de la législation par les organismes chargés du traitement des signalements et à développer des mécanismes juridiques de protection permettant d'agir en amont des représailles discriminatoires[3124].

615. Objectifs – Ces procédures d'alerte visent à recueillir des réclamations portant sur des discriminations supposées ou avérées au sein de l'organisation. L'intérêt de formaliser ce type de dispositif dans l'optique de prévenir les discriminations est d'assurer une veille complémentaire au suivi routinier des pratiques. L'activité de surveillance des *process* est partagée entre l'organisation d'une part et le personnel ou les tiers (ancien membre du

---

[3120] DDD, déc. n° MLD-2015-151 du 2 juillet 2015 *relative aux dispositifs d'alerte interne de lutte contre les discriminations au regard de la protection des droits des salariés* ; DDD, *Orientation et protection des lanceurs d'alerte*, 2017 ; CNIL, délib. 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*.

[3121] Pour une mise en perspective, v. H. TISSANDIER *in* S. BALLER, J. BIRON, A. CHAMPIGNEUX, « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises », *CDE*, n° 4, 2014, p. 9-22 ; S. SLAMA, J. –P. FOEGLE, « Lanceur d'alerte : traitre ou héros ? » *in* J. –V. HOLEINDRE (dir.), *La démocratie. Entre défis et menaces*, Auxerre, Sciences humaines éditions, 2020, p. 209-212 ; CE, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Étude publique, 2016.

[3122] Art. 6 et suiv., 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* ; circ. n° NOR : CPAF1800656C du 19 juillet 2018 *relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 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, et aux garanties et protections qui leur sont accordées dans la fonction publique* ; décr. 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*.

[3123] Art. 1er, 4° loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* ; art. 80, I, 1° et II loi n° 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique* ; décr. n° 2020-256 du 13 mars 2020 *relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique*.

[3124] Art. 19 h), dir. n° (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 *sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union* ; DDD, Avis n° 20-12 du 16 décembre 2020 *sur la transposition en France de la dir. n° UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union*, recom. n° 9.

personnel, personne candidate, etc.) d'autre part. Toutefois, ce système ne se substitue pas à la tâche du supérieur hiérarchique, voire de l'instance chargée de la diversité dans ses missions de recueillir les questions relatives à l'application de la loi. Il est instauré uniquement pour suppléer l'impossibilité d'emprunter les voies hiérarchiques directes et recueillir des signalements qui ne pourraient pas être connus autrement[3125]. Il permet ainsi de rompre l'isolement des victimes/lanceurs d'alerte et le cas échéant, de les orienter vers les autorités publiques compétentes. Mais ce type de procédure permet surtout de mettre fin à une situation discriminatoire en bonne et due forme sans aller devant le juge. L'analyse des réclamations ouvre la voie à des mesures correctrices et réparatrices : rattrapages des écarts salariaux et indemnités transactionnelles visant à réparer le préjudice le cas échéant, changement de classification professionnelle, aménagement de poste, etc. Elle permet également de sanctionner les auteurs, notamment de harcèlement discriminatoire, si les faits sont avérés. Dans une démarche de progrès, l'analyse des réclamations présente l'intérêt de faire évoluer les pratiques par des mesures correctrices après une remontée d'information. Ce faisant, ces dispositifs d'alerte contribuent à prévenir le risque discriminatoire, notamment contentieux.

B – L'objectivisation des *process*

616. Plan – L'objectivisation appelle quelques précisions didactiques générales (1), avant de donner un aperçu de sa mise en œuvre (2).

1 – Le principe

617. Définition et implications – L'objectivation des procédures est indissociable de la formalisation, qui va l'institutionnaliser. Elle suppose que les décisions soient guidées par des critères neutres et pertinents au regard de leur finalité. Elle implique d'abord de ne pas reconduire sans évaluation préalable des éléments de gestion habituels et qui sont donc potentiellement inadaptés[3126]. En effet, les profils types et les carrières linéaires participent d'une idée prédéfinie de la personne « idéale », qui peut conduire à écarter les profils différents, tout aussi compétents. Au cours des processus de gestion, ils peuvent conduire à mobiliser des stéréotypes (de genre, d'origine, d'âge, de handicap, etc.) inconscients et aboutir à une décision

[3125] V. par ex. les dispositifs mis en œuvre par le groupe Adecco, Axa France, etc. *in* ORSE, *Répertoire. Prévention des discriminations et promotion de la diversité dans les entreprises*, 2011, p. 23. V. ég. dans certains ministères, DDD, DGAFP, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, 2015, p. 64.
[3126] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 2017, p. 21.

fondée sur des motifs illégitimes[3127]. L'objectivisation consiste ensuite à neutraliser les critères, pratiques ou dispositions subjectifs. Des exigences vagues, imprécises favorisent la subjectivité du décisionnaire qui risque de mobiliser des stéréotypes et des préjugés ou des appréciations insuffisamment étayées par des éléments objectifs. Ainsi, l'employeur qui se borne à justifier une inégalité salariale par « *la médiocre qualité du travail accompli par l'intéressé* »[3128] sans rapporter la preuve que cette différence reposait sur un critère objectif tenant au travail fourni commet une discrimination salariale. Des « *qualités invisibles telles que la compétence, la loyauté ou l'ardeur au travail* »[3129] ne doivent pas servir de fondements aux décisions « *sur des repères visibles – race, religion, orientation sexuelle, état marital par exemple* »[3130]. L'objectivisation vise donc à supprimer tous les critères (comme le sexe, l'âge, l'origine, la flexibilité[3131], l'effort ou la fatigue musculaire[3132]) ou les pratiques (diffusion limitée des offres d'emploi, de formation et de promotion, modes de recrutement valorisant le réseau et la cooptation, exigence de qualifications sans lien avec les postes offerts) susceptibles d'engendrer une discrimination directe ou indirecte. Seuls les éléments de nature strictement professionnels doivent être pris en compte dans le processus décisionnel. Pour lutter contre les discriminations directes, il convient d'évaluer les compétences réellement nécessaires pour chacun des postes et de passer au spectre discriminatoire l'ensemble des procédures de gestion des ressources humaines, de façon à objectiver chaque étape de la vie de l'organisation[3133]. Pour débusquer les discriminations indirectes, il est nécessaire de procéder à l'évaluation systématique des effets potentiellement discriminatoires d'une mesure afin de bannir les dispositions, critères ou pratiques neutres en apparence qui pourraient entraîner un désavantage particulier pour certaines personnes sur le fondement d'un motif discriminatoire. À cette fin, il conviendra par exemple d'interroger les politiques salariales pour éviter les situations de ségrégations professionnelles discriminatoires, souvent systémiques à l'égard des femmes notamment[3134].

618. De manière paradoxale au regard du but poursuivi, l'objectivisation des *process* implique une conscientisation des singularités. Pour tendre vers l'égalité de traitement, la

---

[3127] DDD, *Guide pour un recrutement sans discrimination*, 2019, p. 10.
[3128] Soc., 26 novembre 2002, n° 00-41.633, *Peintamelec*.
[3129] O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2001, p. 29-30.
[3130] *Ibid*.
[3131] CJCE, ch., 17 octobre 1989, n° C-109/88, *Danfoss*, § 18-22.
[3132] CJCE, ch., 1er juillet 1986, n° C-237/85, *G. Rummler*, § 7-17.
[3133] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011, p. 455.
[3134] *Ibid*., p. 460.

personne décisionnaire doit avoir à l'esprit les effets de son acte par rapport aux motifs de discriminations[3135]. Pour objectiver les procédures, et donc refouler tout critère discriminatoire, encore faut-il avoir conscience de leur existence et des biais susceptibles de les mobiliser défavorablement à l'endroit de la personne qui présente ces caractéristiques. La prévention des discriminations suppose alors de prendre en compte ce risque pour en neutraliser les facteurs de réalisation. Voilà toute l'ambiguïté d'une logique qui pour se conformer au droit, amène à considérer les critères qui nourrissent la discrimination. Pour le dire autrement, l'approche intégrée conduit à « *"poser la question du genre" (ou de la "race", ou du handicap) à toutes les politiques* »[3136] de l'organisme. Toutefois, la conscience de la différence ne doit déboucher que sur un acte de neutralisation de la distinction. La difficulté de traiter certains motifs de discrimination et le malaise qu'éprouvent certains employeurs se comprennent d'autant mieux à l'aune de ce paradoxe et contribuent à expliquer le fait qu'ils consacrent leur attention en priorité sur les critères les moins sensibles et les plus accessibles au regard de la loi. Pourtant, il pourrait exister des convergences entre les situations de discrimination que vivent les femmes et celles qui affectent d'autres groupes de personnes. De même que la sociologie a mis en exergue « *le sexe du travail* »[3137], les organisations ne sont peut-être pas neutres au regard d'autres critères[3138]. À cet égard, un travail approfondi d'objectivisation pourrait s'avérer intéressant pour débusquer les discriminations qui ont une dimension systémique[3139].

619. Une exigence du droit de la non-discrimination – L'objectivisation des procédures est une opération minimale recommandée dans les normes traitant de la diversité qui sont ciblées sur la gestion des ressources humaines[3140]. Et pour cause, il s'agit d'une exigence du droit de la non-discrimination que ces normes invitent à traduire en termes opérationnels. En effet, le Code du travail dispose que « *les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou au salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles* »[3141]. L'employeur ne

---

[3135] DDD, *Guide pour un recrutement sans discrimination*, 2019, p. 16.
[3136] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 80.
[3137] M. –A. BARRERE-MAURISSON, F. BATTAGLIOLA, B. BECCALLI, *Le sexe du travail : structures familiales et système productif*, Grenoble, PUG, 1984.
[3138] V. l'ouvrage de référence P. BATAILLE, *Le racisme au travail*, Paris, La Découverte, 1997.
[3139] J. LAUFER, « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés*, no 21, 2009, p. 48-9.
[3140] V. par ex. AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges de labellisation […], op. cit.*, p. 13 ; art. 6, al. 2 et 7, al. 2, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006 ; § II-2 et II-3, Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité, 18 novembre 2005.
[3141] Art. L. 1221-6 c. trav.

peut recourir pour le recrutement, la promotion, la formation et l'appréciation des aptitudes professionnelles des personnes qu'à des critères présentant « *un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* »[3142]. Devant le juge, la mise en place de procédures objectives permet d'apporter une justification en cas d'allégations de discrimination, en particulier dans le cadre de l'aménagement de la charge de la preuve[3143]. À l'inverse, en l'absence d'éléments objectifs justifiant un refus d'embauche, la Cour de cassation a confirmé la condamnation d'une entreprise pour discrimination sur l'origine[3144]. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris vient de juger que l'employeur qui ne justifie pas autrement que par des considérations générales, des raisons objectives pour lesquelles les candidatures formulées par un employé ont été systématiquement déclinées et qui se borne à soutenir qu'il s'agissait de postes prisés sur lesquels il existait une forte concurrence, sans produire de justificatif précis, ne parvient pas à s'exonérer des faits discriminatoires qui lui sont reprochés[3145]. À plus forte raison, la simple mention d'un critère prohibé au cours d'une évaluation professionnelle, en l'occurrence l'exercice de fonctions syndicales, emporte une présomption de discrimination dont l'employeur ne peut s'exonérer qu'en démontrant qu'il a fondé sa décision sur des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination[3146].

620. Dans la fonction publique, l'objectivité de la sélection est en principe garantie par les exigences de l'article 6 de la DDHC, dont le concours est une des traductions. Les épreuves sont organisées de façon à garantir l'égalité de traitement entre les candidats, au travers d'un grand nombre d'exigences. Le jury est unique, impartial, indépendant, collectif, et souverain. Les contenus, les barèmes de notation et les durées des épreuves sont identiques pour les candidats. Elles ont pour finalité d'établir leur mérite, gage de leur capacité à remplir leurs fonctions administratives. Les copies sont anonymes, parfois soumises à double correction[3147]. Les différences entre les candidats ne doivent porter que sur leurs seules aptitudes et être encadrées par la plus stricte égalité de traitement, sous le contrôle du juge[3148]. Malgré ces garanties, le droit commun des concours n'est pas un rempart efficace pour protéger du risque

[3142] Art. L. 1221-6, L. 1222-2, L. 6313-4, L. 6353-9, L. 6421-3 c. trav.
[3143] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 2017, p. 21.
[3144] Soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873.
[3145] CA Paris, 16 février 2021, n° 18/07045.
[3146] Soc., 11 janvier 2012, n° 10-16.655.
[3147] V. par ex. CE, ssr, 20 février 1985, n° 43657, *Fontaine*.
[3148] Lors du contrôle de la légalité externe, seuls les vices de forme et de procédure influençant les résultats sont annulés (CE, ss, 23 février 2001, n° 207557, *M. L.*). Sur le fond, le juge effectue un contrôle limité en se refusant de contrôler l'appréciation portée par le jury sur les aptitudes des candidats (CE, ssr, 21 janvier 1991, n° 103427, *Mlle Stickel* ; CE, ss, 10 décembre 1993, n° 147574, *Zanone*).

discriminatoire. Toute une série de travaux en atteste. Au-delà des discriminations manifestes qui sont rares[3149], l'analyse récente des données de concours à l'entrée dans la fonction publique d'État révèle l'existence de biais dans l'évaluation des épreuves écrites et orales[3150]. De nombreuses considérations, telles que la sélectivité du recrutement, la définition des postes à pourvoir, les caractéristiques majoritaires du jury et des candidats entreraient en jeu. Selon les spécialistes, « *tout ce qui peut influencer la prise de décision par le jury est un canal potentiel pour le risque de discrimination entre les candidats* »[3151]. Pour autant, l'attention portée aux concours ne saurait faire oublier que ce mode de recrutement ne concerne qu'une partie seulement des entrées dans l'emploi public. Alors que l'administration employait près d'un million de contractuels au 31 décembre 2018, le recrutement de titulaires représentait moins d'une entrée sur quatre[3152]. Or, le recrutement contractuel est caractérisé par une grande hétérogénéité de conditions de mises en œuvre, qui sont autant de prises aux biais discriminatoires. Du reste, si le principe d'égalité régit le fonctionnement et l'organisation de l'administration à toutes les étapes de la vie professionnelle de l'agent public, les discriminations n'en sont pas moins susceptibles d'affecter sa carrière. De ce point de vue, les recommandations relatives à la diversité constituent un complément managérial à la loi.

2 – La mise en œuvre

621. L'objectivisation de la communication – Un premier domaine à objectiver, sans doute le plus visible au sens littéral du terme concerne les procédés de communication[3153]. Les acteurs organisationnels s'attacheront par exemple à ce que les supports de communication internes et externes ne véhiculent pas certains stéréotypes répandus, par exemple une femme à un poste de secrétaire et un homme à celui de directeur. La formulation des phrases et le choix des mots dans la communication peuvent aussi avoir de l'importance. C'est toute la question de la féminisation de l'écriture, notamment dans les échanges internes, mais l'objectivisation peut aller au-delà par l'attention portée aux usages des mots systématiquement associés à certains publics (femmes et parentalité par exemple).

[3149] V. par ex. CE, ssr., 10 avril 2009, n° 311888, *El Haddioui* : *AJDA*, n° 25, 2009, p. 1386 com. G. CALVES.
[3150] N. GREENAN, J. LANFRANCHI, Y. L'HORTY et *al*., « L'analyse des données de concours au regard des discriminations à l'entrée dans la fonction publique d'État », *Centre d'études de l'emploi et du travail*, n° 198, 2019.
[3151] Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier ministre, 2016, p. 3.
[3152] DGAFP, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Politiques et pratiques de ressources humaines. Faits et chiffres*, 2020, p. 86. Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, *op. cit.*, p. 18.
[3153] A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014, p. 97.

622. L'objectivisation des procédures de gestion des ressources humaines – Sans doute plus conséquente, l'objectivisation des actes de gestion des ressources humaines consiste à neutraliser les pratiques, dispositions ou critères potentiellement discriminatoires dans tous les aspects de la gestion du personnel. Elle concerne donc le recrutement, l'évaluation, la mobilité, la gestion des carrières, l'accès à la formation, à la promotion, les mesures disciplinaires, etc. Pour limiter le risque discriminatoire de ces procédures, il est recommandé de mettre en place des systèmes d'évaluations transparents, construits suivant des critères objectifs[3154]. Les actes décisionnaires doivent porter sur des critères comme les compétences, les performances professionnelles, le degré d'engagement ou l'égalité salariale. À prendre le recrutement par exemple, les employeurs doivent être attentifs à la rédaction des offres d'emploi, à la présélection et à la sélection des candidats, au déroulement des entretiens, aux réponses apportées aux candidatures[3155]. Pour ce faire, les éléments d'appréciation doivent être cohérents, mesurables et objectifs, afin de favoriser l'égalité de traitement et la comparabilité des profils[3156]. Pour s'aider dans cette tâche, les normes traitant de la diversité invitent les décideurs à s'appuyer sur des outils de recrutement pensés pour renforcer la neutralité des processus, comme le CV anonyme[3157], les formulaires de candidature, les supports d'entretien et d'évaluation[3158] ou le recrutement par simulation[3159]. De plus en plus de gestionnaires s'appuient également sur des procédés algorithmiques. En conséquence, les nouvelles recommandations traitant de la diversité déplacent les enjeux de prévention sur ce terrain[3160],

---

[3154] *Ibid*., p. 90.

[3155] V. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015, p. 9-11 ; AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges de labellisation […]*, *op. cit.*, p. 12-3 ; A. PALT, *Rapport annuel diversités. Mesurer. Partager. Progresser*, AFMD, 2011, p. 16-24.

[3156] DDD, *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*, 2017, p. 56.

[3157] Art. 6, al. 4, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006. Par ex. art. L. 1221-7 c. trav pour les entreprises de 50 salariés et plus ; suppr. par art. 48, loi nº 2015-994 du 17 août 2015 *relative au dialogue social et à l'emploi*.

[3158] PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015, p. 9-11.

[3159] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit*., p. 38 ; ISM CORUM, *Guide de bonnes pratiques relatif aux actions mises en œuvre pour prévenir les risques de discriminations dans les recrutements*, 2017, p. 7.

[3160] V. par ex. proposition nº COM(2021) 206 final du 21 avril 201 du PE et du Conseil *concernant les règles harmonisées sur l'intelligence artificielle et modifiant certains actes législatifs de l'Union* ; C. BARGAIN, M. BEAUREPAIRE, D. PRUD'HOMME, *Recruter avec des algorithmes ? Usages, opportunités et risques*, AFMD, 2019 ; C. VILLANI, *Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne*, Rapport au Premier ministre, 2018, p. 163 et suiv. V. sur ces enjeux par ex. I. DESBARATS, « Le recrutement à l'ère de l'IA : l'éthique au secours du droit ? », *RLDA*, nº 153, 2019, p. 37-41 ; L. MALFETTES, « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *DS*, nº 7-8, 2019, p. 591-8.

alors qu'il est clair désormais que l'IA peut générer de sérieux biais discriminatoires et conforter l'homogénéité sociale[3161].

623. Ces exigences ont progressivement été institutionnalisées dans les entreprises, puis dans les ministères sociaux à partir de la fin des années 2010 dans la perspective de préparer leurs candidatures au Label. Elles tendent aujourd'hui à être diffusées dans l'ensemble des administrations. Un guide inspiré de ces recommandations a été publié à cette fin par la DGAFP en 2010 et 2015[3162]. Progressivement, ces pratiques semblent intégrer le droit dur, attestant par là de la fécondité des normes traitant de la diversité axées sur l'objectivisation des procédures. Ainsi, les procédures de recrutements des contractuels ont récemment été mises à jour suivant ces référentiels de bonnes pratiques pour plus d'objectivité et de formalisme : pluralité des recruteurs (uniquement lorsque le niveau de responsabilité le justifie), établissement d'un document précisant les appréciations portées sur chaque candidat présélectionné au regard de ses compétences, aptitudes, qualifications et expériences professionnelles, potentiel et capacité à exercer les missions dévolues à l'emploi[3163]. Suivant les préconisations du rapport de O. Rousselle sur la diversité dans la fonction publique, la réforme des IRA a conduit à la généralisation d'une grille d'évaluation mise en ligne sur le site internet du ministère, assortie d'un document récapitulant les attentes du jury[3164]. La démarche n'est pas anodine. Le juge administratif – ou le juge judiciaire dans une situation analogue – pourrait estimer que la formalisation de cette pratique participe à l'administration de la preuve d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Mais avant d'en arriver au contentieux, les procédures de suivi

---

[3161] V. par ex. M. PEYRONNET, L. RATTI, « Controverse : Algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », *RDT*, n° 2, 2021, p. 81-7 ; M. PEYRONNET, « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? » *in* P. ADAM, M. Le FRIANT, Y. TARASEWICZ (dir.), *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail*, Dalloz, 2020, p. 139 ;

[3162] DGAFP, *Guide pratique des concours administratifs à l'usage des présidents et membres de jurys*, 2010 et 2015.

[3163] Art. 3-7 et 3-9 décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application des articles 7 et 7 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ; art. 2-7 et 2-9 décr. n° 88-145 du 15 février 1988 *pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale* ; art. 3-7 et 3-9 décr. n° 91-155 du 6 février 1991 *relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière*.

[3164] Art. 5, arr. n° NOR : CPAF1908739A du 28 mars 2019 *fixant les règles d'organisation générale, la nature, la durée, le programme des épreuves et la discipline des concours d'entrée aux instituts régionaux d'administration.* Cette recommandation du conseiller d'État avait été accueillie avec réserve par les écoles de service public qui craignaient de donner des appuis contentieux aux candidats malheureux. Toutefois, la mission a jugé cette hypothèse peu probable, compte tenu du caractère strict de la jurisprudence administrative sur la souveraineté des jurys dont l'appréciation n'est pas contrôlée pour excès de pouvoir. V. O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier Ministre, 2017, p. 17 ; CE, ssr., 9 février 2011, n° 317314, *Piazza.*

permettront d'évaluer l'efficacité de ces mesures[3165]. Le cas échéant, si un défaut de neutralité est constaté, ces *praxis* pourront déboucher sur des corrections.

624. Un « *effet harmonisateur* »[3166] ? – Ce qui précède recèle un potentiel harmonisateur aussi ambitieux qu'inattendu. Cette réflexion part du constat général que le droit moderne « *se compose désormais d'une myriade de lois spéciales et catégorielles, changeantes, car résultant de compromis fragiles entre intérêts antagonistes des groupes sociaux ou économiques : ces textes prétendent s'ériger en innombrables micro-systèmes autonomes les uns à l'égard des autres, sans la contrainte d'obéir à une rationalité globale* »[3167]. Le droit de la non-discrimination n'y fait pas exception. Ce cadre juridique « *n'est pas le résultat d'une réflexion visant à lui assurer une certaine unité mais constitue uniquement le résultat de différentes couches et sous-couches législatives qui se sont accumulées ces trente dernières années rendant peu lisible ce droit* »[3168]. Cette stratification a notamment créé un décalage entre la protection accordée aux travailleurs soumis au Code du travail et celle dont bénéficient les agents régis par le droit de la fonction publique. Dans le cadre de l'objectivisation des *process* de gestion des ressources humaines dans le secteur public, les normes portant sur la diversité ouvrent des possibilités intéressantes pour neutraliser des motifs discriminatoires qui ne sont pas interdits par la loi Le Pors, mais néanmoins susceptibles d'affecter un fonctionnaire, un agent contractuel ou un candidat au recrutement. En effet, le corpus articulé autour des articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail établit une liste de plus de 30 motifs de discrimination, alors que les articles 6, 6 *bis* et 6 *ter* A de la loi Le Pors n'en protègent qu'une vingtaine[3169]. Certains critères prohibés en droit du travail ne sont pas repris dans l'emploi public, et ce alors même que le statut général régit, comme le Code du travail, une situation d'emploi et que certains agents sont employés dans des conditions de droit privé et sont donc soumis à la législation travailliste. Outre le motif particulier de la nationalité, plusieurs critères manquent à l'appel, parmi lesquels les mœurs, la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, les

---

[3165] V. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit.*, p. 10 ; INSTITUTIONS DE RETRAITE COMPLEMENTAIRE, *Convention collective nationale. Accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances*, 19 octobre 2015, p. 2 ; ES ÉNERGIES, *Accord d'entreprise en faveur de la diversité […]*, *op. cit.*, p. 8.
[3166] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016, p. 326.
[3167] B. OPPETIT, « De la codification » *in* B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 11.
[3168] S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *LRDH*, n° 9, 2016, § 55.
[3169] Art. L. 1132-1, L. 1132-2, L. 1132-3, L. 1132-3-1, L. 1132-3-2, L. 1132-3, L. 1153-2 c. trav. ; loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors* ; art. 1er décr. n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 *relatif à la procédure de recrutement pour pourvoir les emplois permanents de la fonction publique ouverts aux agents contractuels* (par renvoi à la loi Le Pors).

activités mutualistes, le lieu de résidence, la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ou encore l'origine[3170]. Inversement, dans certains cas, le statut général prévoit un régime juridique dont les modalités ne sont pas forcément les mêmes en droit du travail et qui peut, à certains égards, apparaître plus protecteur. Ainsi, l'article 6 *bis* envisage de manière assez approfondie les mesures de rétorsion concernant les discriminations fondées sur le sexe et les agissements sexistes[3171], là où le Code du travail est plus succinct sur ce point[3172]. De même, l'article 6 *ter* énonce qu'aucune mesure de rétorsion ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire, notamment parce qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser des faits de harcèlement sexuel, alors que le Code du travail envisage ces mesures en matière de harcèlement sexuel dans des cas limités (sanction, licenciement, discrimination) et ne prévoit pas ce dernier cas de figure[3173]. Sans préjudice de la clarification législative qui pourrait être opérée ici[3174], les administrations pourraient profiter de la mise en œuvre des normes traitant de la diversité pour perfectionner leurs *process* à l'égard de tous les motifs actuellement prohibés dans le statut général et dans le Code du travail. Cet « *effet harmonisateur* »[3175] permettrait de rééquilibrer la protection offerte à toutes les personnes dans le fonctionnement routinier de l'administration. En ce sens, le glossaire du cahier des charges du Label diversité couvrait tous les critères prohibés par les

---

[3170] La nationalité française est une condition générale d'aptitude pour être recruté comme fonctionnaire (art. 5 de la loi *Le Pors*), mais dès lors qu'il est admis que les ressortissants membres de l'UE et d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ont accès à certains corps ou emplois de la fonction publique (art. 5 *bis* et suiv. de la loi *Le Pors*), il serait possible d'inscrire à l'article 6 du statut général une disposition proscrivant les différences de traitement fondées sur la nationalité ou l'origine nationale. En ce sens, S. SLAMA, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations […] », *op. cit.*, § 58, NBP n° 32.

[3171] « *Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'appréciation de la valeur professionnelle, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération : 1° Le fait qu'il a subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes énoncés aux deux premiers alinéas ; 2° Le fait qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes ; 3° Ou bien le fait qu'il a témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les a relatés* ».

[3172] La discrimination fondée sur le sexe est prohibée à l'art. L. 1132-1 et les agissements sexistes à l'art. L. 1142-2-1. L'art. L. 1132-3 prévoit seulement qu'« *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 […] ou pour les avoir relatés* ». Aucune disposition analogue n'est prévue concernant les agissements sexistes.

[3173] Le harcèlement sexuel est traité aux art. L. 1153-1 à 6 c. trav. Sur cette notion, v. par ex. M. MERCAT-BRUNS, « Harcèlement sexuel au travail » *in* S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éd., 2014, p. 201-18.

[3174] Sur la codification, ou à tout le moins la consolidation du droit antidiscriminatoire, E. BENBASSA, J. –R. LECERF, *La lutte contre les discriminations : de l'incantation à l'action*, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois du Sénat, n° 94, 2014, p. 67 ; G. CALVES, « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *Alternatives Économiques*, n° 358, 2016, p. 75 ; J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, Angers, Thèse de doctorat en droit, Université d'Angers, 2017, p. 265-76 ; R. MEDARD INGHILTERRA, « Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 45-51.

[3175] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, *op. cit.*, p. 326.

principaux textes au moment de sa publication en 2015, sans distinction selon le domaine d'emploi concerné[3176]. Sous réserve de l'approche sélective des motifs discriminatoires que permet ce document, la mention de tous les critères est bienvenue. Elle peut faciliter l'établissement de mesures préventives plus exhaustives dans l'administration.

625. Dans le même ordre d'idée, le droit de la fonction publique n'offre pas une protection matérielle équivalente au droit du travail, sans que cela se justifie. Selon la loi, les fonctionnaires sont protégés contre les discriminations dans l'emploi, mais non dans l'accès à l'emploi, contrairement aux salariés et à certains agents contractuels[3177]. Pareillement, l'accès au stage et à la formation professionnelle n'est pas visé par la loi Le Pors et les autres textes relatifs aux contractuels[3178]. Certes, le statut vise « *notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'appréciation de la valeur professionnelle, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation* »[3179], mais les hypothèses concernées sont restreintes. Elles intéressent uniquement le fonctionnaire qui a subi ou refusé de subir des agissements discriminatoires, qui a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter le principe de non-discrimination ou encore qui a témoigné ou relaté d'agissements contraires à celui-ci. Dans ce contexte, la neutralisation des *process* peut être l'occasion d'apporter un peu de cohérence et d'équilibre à la protection accordée aux travailleurs employés dans les conditions de droit public par rapport à ceux qui le sont dans le cadre du droit privé. À nouveau le cahier des charges du Label par exemple, vise l'ensemble des processus de gestion des ressources humaines, ce qui inclut donc le recrutement (offres d'emploi, présentation et sélection, entretiens, réponses) et la formation, sans distinction selon le statut de l'agent ou le type d'emploi concerné[3180].

[3176] AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : cahier des charges 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*, version 1, 24 décembre 2015, p. 19.

[3177] Art. L. 1132-1 c. trav. ; art. 6, al. 2 loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *[…], op. cit.* ; décr. n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 *relatif à la procédure de recrutement […], op. cit.* (par renvoi aux critères de l'art. 6 de la loi *Le Pors*) ; aucune mention dans le décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État.*

[3178] Art. 6, al. 2 loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *[…], op. cit.* ; décr. n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 *relatif à la procédure de recrutement […], op. cit.* (par renvoi aux critères de l'article 6 de la loi *Le Pors*) ; aucune mention dans le décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État.*

[3179] Art. 6, al. 5 loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *[…], op. cit.*

[3180] AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : cahier des charges applicable à l'État [...]*, op. cit., p. 12 et 15.

626. Comme l'a souligné R. Médard Inghilterra, « *le problème n'est pas tant que ces différences coexistent au sein d'un même ordre juridique, mais qu'elles soient dénuées de justification et entravent la lisibilité du droit antidiscriminatoire de manière superflue* »[3181]. Il est vrai qu'au prix de quelques approximations et circonvolutions du juge, la protection juridictionnelle entre les travailleurs placés dans une situation de droit privé ou de droit public est quand même assurée. À titre d'illustration, le Conseil d'État a été amené à juger de la légalité d'une épreuve orale d'admission d'un concours de police au cours de laquelle le jury avait posé des questions portant sur son origine à un candidat. Malgré un raisonnement assez vague, il n'en a pas moins accordé une protection au requérant, alors même que ce critère n'est pas visé par la loi Le Pors, jugeant que ces interrogations « *dont il n'est pas sérieusement contesté par l'administration qu'elles aient été posées à l'intéressé et qui sont étrangères aux critères permettant au jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat, sont constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et révèlent une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics* »[3182]. En revanche, d'un point de vue matériel, ces différences laissent des zones d'ombres dans le fonctionnement routinier des organisations et génèrent donc des risques. Bien souvent insiste P. Simon, les discriminations sont le fait de « *subtiles et discrètes sélections qui composent l'ordinaire des décisions et aboutissent à forger ces frontières entre minorités et majorité au mépris même du credo égalitaire* »[3183]. Or, ces subtilités peuvent échapper aux agents, notamment ceux chargés de la gestion des ressources humaines. En toute bonne foi, une administration peut se référer à la loi Le Pors pour rédiger une fiche de poste, mais négliger l'impact des exigences qu'elles imposent sur le lieu de résidence par exemple. Or, il serait injuste qu'un candidat puisse être lésé pour ce motif en droit de la fonction publique, mais pas en droit du travail[3184]. Dans ce contexte, l'utilité des mesures de prévention sur la diversité est justement de diffuser le droit et d'aider les organisations à l'appliquer dans leurs *process*. Avec un droit positif aussi désordonné, il y a, semble-t-il, un intérêt supplémentaire à exploiter le potentiel harmonisateur de l'objectivisation des *praxis* dans la gestion des ressources humaines des personnes publiques. Malgré tout, de nombreux obstacles se dressent contre la remise à plat des procédures.

[3181] R. MEDARD INGHILTERRA, « Face à la fragmentation matérielle et formelle […] », *op. cit.*, p. 40.
[3182] CE, ssr., 10 avril 2009, n° 311888, *El Haddioui*.
[3183] P. SIMON, « Discriminations négatives. Pour une politique contre le délit de faciès », *Mouvements*, n° 44, 2006, p. 107.
[3184] Néanmoins, le CE ne semble pas ignorer ce critère. V. CE, chr., 16 octobre 2017, n° 383459.

§ 2 – Les limites de la sécurisation des *process*

627. Position du problème – Plan – L'encadrement des processus de décision est nécessaire, mais ce n'est pas une « *recette miracle* »[3185] permettant d'éliminer toute forme de discrimination. Une organisation peut appliquer la Charte de la diversité, avoir obtenu le Label, mais discriminer[3186]. Aux États-Unis, la firme pharmaceutique Novartis a été condamnée en 2010 à verser plusieurs centaines de millions de dollars pour avoir discriminé l'ensemble des employés travaillant dans sa branche américaine et plusieurs millions de dommages et intérêts aux plaignants. L'entreprise se targuait pourtant d'avoir une politique de diversité exigeante[3187]. Une grande banque française vient d'être condamnée pour discrimination liée à l'origine, bien qu'elle se félicitait jusqu'alors d'être en pointe sur la promotion de la diversité[3188]. En vérité, il n'est pas assuré que les normes portant sur la diversité soient suivies (A). Quand bien même le seraient-elles, les chercheurs en sciences sociales et humaines soulignent depuis quelques années un manque de distance critique à l'égard des solutions promues (B).

A – Des principes diversement suivis

628. Position du problème – La mise en œuvre des normes relatives à la diversité renvoie à un problème classique de sciences de gestion : comment s'assurer qu'une norme, définie dans un cadre précis par un nombre restreint d'acteurs, à destination de l'ensemble de l'organisation, soit bien suivie d'effets et dans le sens attendu ? Comment des mesures assez générales peuvent-elles convenir aux problèmes concrets très particuliers auxquels sont confrontés chaque entité, chaque service, chaque responsable[3189] ?

[3185] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » […]*, *op. cit.*, p. 458.

[3186] Pour des ex. de discriminations malgré une démarche pro diversité, v. CA Paris, 3 décembre 2009, n° 07/04887 ; F. FORONI, M. RUAULT, E. VALAT, « Discrimination à l'embauche selon "l'origine" : que nous apprend le *testing* auprès de grandes entreprises ? », *Dares Analyses*, n° 76, 2016 ; DDD, déc. n° MLD 2017-336 du 30 novembre 2017 *relative à un réclamant s'estimant victime de discrimination dans le cadre de son emploi dès lors que ses collègues de travail tenaient régulièrement à son encontre des propos racistes*, § 15 ; C. CHAUDIERE, « Discrimination à l'embauche : les résultats de la campagne de testing passée sous silence par le gouvernement », *France Inter*, 8 janvier 2020.

[3187] E. DAOUD, J. FERRARI, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S*, n° 39, 2012, p. 13-21, § 35.

[3188] CA Paris, 16 février 2021, n° 18/07045 ; F. AIZICOVICI, « BNP Paribas condamnée pour discrimination liée à l'origine "arabe ou maghrébine" d'un cadre », *Le Monde*, 2 mars 2021.

[3189] F. PIGEYRE, « Les accords d'égalité professionnelle peuvent-ils prévenir la discrimination ? » *in* M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit -Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 166.

629. Des mesures inégalement appliquées – Un décalage peut apparaître entre les principes annoncés et les pratiques finalement observées. La remise à plat des *process* est laissée à la discrétion des acteurs et n'est donc pas toujours suivie d'effets. Qui plus est, les sociologues se sont aussi étonnés de la forte homogénéité de pratiques découlant de normes pourtant pensées pour permettre la prise en compte de situations particulières[3190]. Certaines, comme la Charte de la diversité ou l'ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, en restent à l'invitation formelle de ne pas discriminer ce qui peut favoriser l'immobilisme et ne pas entraîner de véritables examens des *process*[3191]. Dans ce contexte, tout se passe comme si la lutte contre les discriminations tenait plus « *de l'incantation* [que de] *l'action* »[3192]. Le rappel du respect de la loi se comprend dans la mesure où les normes portant sur la diversité se construisent une légitimité grâce à leur ancrage juridique, mais aussi par leur destination, qui est précisément la conformité au droit[3193]. Cependant, la limite de ces mentions est aisément perceptible : « *le simple rappel de nos lois et règlements ne saurait suffire. Il en faut davantage* »[3194]. Sans traduction dans les *process*, ces normes n'interrogent pas les mécanismes discriminatoires structurels à l'œuvre et rendent les discriminations invisibles par renvoi automatique à l'engagement pris de respecter la non-discrimination[3195].

630. Cependant, même générales et imprécises, ces normes ont le mérite de contribuer à diffuser le droit de la non-discrimination. Ce « *relai pédagogique* »[3196] n'est pas superflu, tant le législateur fait preuve d'intempérance. La législation est abondante, complexe, instable, parfois incohérente. Construite de façon empirique, par strates successives, la loi ne porte aucune vision d'ensemble[3197]. Cet état du droit positif condamne la non-discrimination à un manque de visibilité et de lisibilité, régulièrement dénoncé[3198]. Dans ce contexte, le simple rappel de la législation confère à ces pratiques un rôle de « *passeur de droit dur* »[3199] : « *l'engagement* […] *de respecter les législations est un vecteur d'obéissance à la loi, parce*

[3190] M. CHARPENEL, H. DEMILLY, S. POCHIC, « Égalité négociée, égalité standardisée ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 37, 2017, p. 144.
[3191] § 2 Charte de la diversité, 2018 ; not. art. 6 et 7 ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[3192] E. BENBASSA, J. –R. LECERF, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, 2014.
[3193] Concernant les accords professionnels par ex. v. H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 14-5.
[3194] B. GAURIAU, « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *DS*, n° 11, 2008, p. 1060-4, § 5.
[3195] J. CHARRUAU, *La notion de non-discrimination en droit public français*, *op. cit.*, p. 293.
[3196] S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 19.
[3197] E. BENBASSA, J. –R. LECERF, *La lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, 2014, p. 16.
[3198] V. par ex. DDD, *Rapport annuel d'activité 2015*, 2016, p. 13-29.
[3199] S. GERRY-VERNIERES, « *Soft law* et sécurité juridique » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 152.

qu'elle est un vecteur de connaissance de la loi »[3200]. Ainsi, certaines normes ayant pour objet la diversité s'appuient beaucoup sur cette fonction pédagogique pour rappeler les notions cardinales, leurs définitions et leurs enjeux[3201]. D'autres constituent moins un renouvellement matériel des pratiques qu'un moyen d'ordonner les processus et de leur donner une cohérence d'ensemble[3202]. En outre, l'adhésion aux obligations légales peut conduire à une prise de conscience et (ré)activer la force obligatoire de ces dispositions. Sous cet angle, la simple énonciation du respect du droit produit déjà un effet « *symbolique* »[3203], revêtu d'une force « *performative* »[3204] qui n'est sans doute pas superflue en matière de prévention. Comme l'expliquent V. Champeil-Desplats et E. Millard, « *l'affirmation de certains énoncés* […] *est susceptible de produire instantanément des effets dans le monde réel. En comptant sur un double effet illocutoire (c'est-à-dire en fonction du contexte* […]*), et perlocutoire (qui se rapporte à l'effet psychologique de l'énoncé sur son destinataire), dire devient faire* »[3205]. Ce faisant, ces normes légitiment le droit de la non-discrimination et stigmatisent sa violation. La loi reste la source de la règle, dont la norme relative à la diversité se fait l'écho. À cet égard, ces normes constituent souvent une manière accessible de se saisir du problème de la lutte contre les discriminations[3206].

631. Malgré tout, les remontées de terrain montrent que les préoccupations sont très inégales selon les processus de gestion des ressources humaines visés. Il existe notamment un contraste entre l'intérêt porté aux recrutements et les autres aspects de cette gestion, alors que la majorité des décisions de justice dans les relations de travail portent sur un retard dans l'avancement professionnel et ses effets (rémunération, versement de primes, attribution d'avantages, etc.)[3207]. Des disparités existent aussi en matière d'embauche. L'essentiel des efforts de

---

[3200] P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques » *in* G. AFFAKI, C. ATIAS, A. BARTHE et *al.* (dir.), *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 351.

[3201] V. par ex. ADECCO, *Accord-cadre contre les discriminations*, 20 avril 2007, p. 3-4 ; art. 3.1 et annexe 1 et 2, FEDERATION FRANÇAISE DE L'ASSURANCE, *Accord Mixité-diversité et Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les sociétés d'assurances*, 2 octobre 2020.

[3202] IMS-ENTREPRENDRE POUR LA CITE, *Les accords diversité, enjeux et pratiques*, 2008, p. 1.

[3203] C. FERCOT, « *Soft law*, droits de l'homme et effectivité » *in* M. AILINCAI (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 70.

[3204] *Ibid.*, p. 70.

[3205] V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme » *in* P. HAMMJE, L. JANICOT, S. NADAL, *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso, 2013, p. 66.

[3206] F. CALLENS, « Seule la lutte contre les discriminations peut rétablir l'égalité en droit de tous les individus sur tous les territoires », *Les cahiers de la LCD*, n° 1, 2016, p. 96.

[3207] OBEA, *Bilan diversité 2019. Enquête auprès des signataires de la Charte de la Diversité*, 2019, p. 17. H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 41. Pour un aperçu, v. par ex. B. BOSSU (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un*

sécurisation est concentré sur les recrutements à des postes qualifiés, tandis que la vigilance des employeurs est moindre pour les autres catégories de recrutements[3208]. Il faut bien voir ici que le formalisme et l'objectivité des procédures n'empêchent pas certains biais discriminatoires de s'exercer, en particulier lors de recrutements sur des emplois faiblement qualifiés. Lorsqu'aucun diplôme n'est exigé, ce sont généralement la personnalité ou les traits de caractère, en somme des données très subjectives et difficiles à encadrer, qui sont appréciées par défaut[3209]. En tout état de cause, la formalisation, la transparence et l'objectivité des procédures ne devraient pas concerner uniquement l'emploi, mais aussi les biens et services[3210]. Si les discriminations vécues par les usagers dans l'accès aux services publics sont rarement évoquées devant les juridictions administratives[3211], les défauts de transparence et les biais discriminatoires potentiels de l'algorithme Parcoursup ont bien montré que les discriminations étaient plus répandues qu'il aurait été possible de l'imaginer de prime abord[3212]. Ces *praxis* ne devraient donc pas se limiter aux relations entre un employeur et ses salariés/agents, mais se déployer à l'égard de toutes les composantes de ses activités, notamment les fournisseurs, la clientèle ou les usagers. À s'en tenir aux aspects déjà évoqués, elles devraient comprendre *a minima* la formalisation et l'objectivisation de l'ensemble des *process* liés à toutes les activités professionnelles/de service de l'organisation concernée, la création d'une voie de recours interne ouverte aux parties prenantes ou encore l'élargissement de l'analyse des risques à l'ensemble de ses activités[3213].

632. Des mesures peu innovantes – En 2006, les auteurs de l'ANI relatif à la diversité en entreprise fondaient leur stratégie sur l'idée que « *la loi ne peut pas tout* »[3214] et appelaient à

---

droit fondamental, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2014, p. 24 ; DGAFP, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique. Édition 2018*, 2019, p. 188.

[3208] V. dans l'administration Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, *op. cit.*, p. 54.

[3209] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » […]*, *op. cit.*, 2011, p. 458.

[3210] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 31. Cf. art. 2, 3º, loi nº 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*.

[3211] V. cependant CE, ssr., 10 février 2016, nº 385929 ; TA Montreuil, 22 novembre 2011, nº 1012015.

[3212] V. not. DDD, déc. nº 2019-021 du 18 janvier 2019 *relative au fonctionnement de la plateforme nationale de préinscription en première année de l'enseignement supérieur* (Parcoursup) ; Cons. const., 3 avril 2020, nº 2020-834 QPC, *Union nationale des étudiants de France* ; DDD, déc. nº 2019-099 du 8 avril 2019 *relative au fonctionnement de la plateforme nationale d'admission dans les formations initiales du premier cycle de l'enseignement supérieur (Parcoursup), en particulier l'absence de transparence de la procédure d'affectation* ; COUR DES COMPTES, *Un premier bilan de l'accès à l'enseignement supérieur dans le cadre de la loi orientation et réussite des étudiants*, Communication au comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'AN, 2020, not. p. 13, § 10 et 11.

[3213] V. en ce sens DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 30-1.

[3214] § 14 et 15, préambule, ANI, *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.

« *mettre en œuvre des actions concrètes par une démarche volontariste* »[3215] en faveur de la diversité. Cette approche proactive est encouragée dans son principe par le Code du travail qui autorise une convention ou un accord à comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur[3216]. Pour le Défenseur des droits, ces politiques de gestion doivent avoir une efficacité concrète sur les situations individuelles et collectives pour prévenir les phénomènes discriminatoires[3217]. Or, les acteurs sociaux semblent parfois renoncer à cette dynamique d'innovation et de progrès social[3218]. De manière générale, les mesures centrées sur les *process* témoignent de la difficulté de leurs auteurs à maîtriser la grammaire juridique de la non-discrimination et à endosser un rôle véritablement proactif[3219]. Peut-être faut-il y voir une conséquence de la posture duale des employeurs, à la fois producteurs potentiels de discrimination et acteurs participant à l'action de non-discrimination[3220]. Par exemple, seule une minorité d'instruments propose des outils plus originaux de recrutement pour neutraliser les biais discriminatoires, comme le CV anonyme ou des méthodes de recrutement par simulation[3221]. Les organisations semblent préférer les politiques sociales sur la qualité de vie au travail (équilibre entre vie privée et professionnelle, parcours d'intégration, tutorat, etc.) à un *aggiornamento* des *process*[3222]. Il ne s'agit pas de dénigrer l'intérêt de ces nouveaux aspects de la prévention des discriminations, qui seront d'ailleurs abordés *infra*[3223]. Ces aménagements visent à mieux prendre en compte les risques liés à l'individualisation des parcours professionnels qui peuvent augmenter le risque d'exclusion illégitime[3224]. Cependant, ces derniers semblent éclipser un examen approfondi des habitudes de gestion.

[3215] § 14 et 15, préambule, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[3216] Art. L. 2251-1 c. trav.
[3217] DDD, déc. nº MLD-2015-269 du 17 novembre 2015 *relative à un harcèlement moral et une évolution de carrière défavorable en raison de l'origine*, § 87.
[3218] A. JUNTER, R. SENAC-SLAWINSKI, « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, nº 114, 2010, p.179.
[3219] *Ibid.*
[3220] E. BOGALSKA-MARTIN, E. DOUTRE, T. JOUBERT et *al.*, « Paradoxes des actions non discriminantes engagées par les entreprises et les collectivités territoriales », *Vie sociale*, nº 4, 2006, p. 39.
[3221] H. GARNER, M. RECOULES, H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 41 ; DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 60.
[3222] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […]*, *op. cit.*, p. 41.
[3223] V. *infra* § 640 et suiv.
[3224] V. par ex. Soc., 14 novembre 2019, nº 18-15.682 : *RDT*, nº 3, 2020, p. 195 com. M. MERCAT-BRUNS (contrôle de l'existence de discriminations indirectes en raison du sexe au retour d'un congé parental) ; dir. nº 2019/1158 du PE et du Conseil du 20 juin 2019 *concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil* ; Com. nº COM(2020) 152 final du 5 mars 2020 de la Commission au PE, au Conseil, au CESE, au Comité des régions, *Une Union de l'égalité : stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025*, not. p. 14.

633. De potentiels blocages internes – D'un point de vue interne, le renouvellement des *praxis* peut aussi se heurter à des blocages venant inhiber l'examen des procédures. Ces freins peuvent consister en des coûts humains (temps, coordination, réorganisation managériale, affectation de personnel dédié à partir d'autres activités productives, aménagement des conditions de travail, etc.), de communication (mise en place d'espaces numériques dédiés, plaquettes, affiches, etc.), de conformité juridique (formation du personnel, veille, archivage, etc.) ou autres (nouvelle méthode de recrutement, prestataires extérieurs, établissement de rapports et d'un suivi, etc.)[3225]. Les obstacles peuvent aussi être des coûts financiers, notamment en raison de la charge induite par la mise à disposition de personnel. Cet impact peut s'avérer dirimant pour les organisations de taille modeste[3226]. Le Label diversité nécessite par exemple un emploi à temps plein, alors que les TPE/PME n'ont souvent pas de services de gestion des ressources humaines conséquents. En outre, la labellisation est dispendieuse pour ces structures modestes (honoraires de l'AFNOR, expertise, matériel, etc.). Ces coûts sont continus et se renouvellent en préparation de chaque nouvel audit. Malgré quelques référentiels adaptés, les moyens budgétaires, humains et matériels demeurent un obstacle important pour les TPE/PME[3227]. Dans le même ordre d'idées, les établissements d'enseignement supérieur, pourtant engagés par ailleurs sur la diversification de leur public étudiant, sont également les parents pauvres de la labellisation[3228]. En outre, un décalage peut apparaître entre les experts de la diversité (partenaires sociaux, responsables chargés de la question formés et connaissant les enjeux) et les responsables dans les entités opérationnelles, qui sont souvent soumis à des objectifs de performance et qui ne font pas forcément des aspects sociaux une priorité[3229]. Ces

---

[3225] H. GARNER-MOYER, *Réflexions autour du concept de diversité. Éclairer pour mieux agir*, AFMD, 2012, p. 112.

[3226] M. J. SCOTTO, A. BOYER, C. MORIN, « Les questions d'égalité professionnelle ne sont-elles que des préoccupations de "riches" ? Le transfert vers les PME des bonnes pratiques développées par les grandes entreprises » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Colombelles, EMS Éditions, 2010, p. 197-212 ; S. BERGER-DOUCE, « Les PME, ces oubliées du management de la diversité ? » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité […], op. cit.*, p. 212-29.

[3227] Le problème semble à l'étude pour faire évoluer le cahier des charges du Label diversité, v. GOUVERNEMENT, *10 ans Label diversité. Public, privé : les employeurs s'engagent contre les discriminations*, 2019, p. 10. Sur les PME, v. par ex. DDD, *Prévention des discriminations dans l'emploi. Guide pour les PME, les TPE et l'artisanat*, 2013 ; AFNOR, *Guide de lecture du cahier des charges du label Diversité à l'usage des TPE & PME*, 2010 ; S. BERGER-DOUCE, « La diversité en PME : une philosophie managériale au service de la performance ? », *Management & Avenir*, n° 29, 2009, p. 258-74.

[3228] Seule une poignée d'établissements détiennent le Label. V. AFNOR, *Liste des organismes labellisés diversité au 1er avril 2021*, 2021. Sur cette question, v. not. S. PERUGIEN, I. BARTH, « Pour la mise en œuvre d'un management de la diversité. En quoi une école peut-elle faire école ? », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 54, 2016, p. 263-94.

[3229] F. PIGEYRE, « Les accords d'égalité professionnelle peuvent-ils prévenir la discrimination ? », *op. cit.*, p. 167.

derniers peuvent méconnaître ou mal appréhender les normes, en raison d'une diffusion et de formation insuffisantes, mais aussi d'une mauvaise répartition des rôles en la matière[3230]. C'est dire l'importance de la force de l'engagement de la direction et l'intérêt d'intégrer ces *praxis* à des indicateurs de respect des processus de non-discrimination[3231]. Pour s'engager activement dans la prévention des discriminations, les acteurs sont obligés de mettre à jour leurs pratiques et de reconnaître, le cas échéant, que les anciennes habitudes n'étaient pas bonnes, voire discriminatoires. Ce dévoilement est éminemment délicat et peut susciter des réticences d'ordre politique. Le changement organisationnel induit par ces mesures peut faire naître des résistances et être la source de conflits, car ils entrent en tension avec des intérêts puissants et des routines organisationnelles bien ancrées[3232]. Il peut s'agir d'obstacles internes (difficultés à faire évoluer la culture de l'organisation, les représentations ou les mentalités, manque d'intérêt du personnel, etc.) ou externes (pression insuffisante liée à un risque judiciaire perçu comme faible, écarts entre des cadres juridiques nationaux et une conception internationale de la diversité dans le cas d'entreprises dont le siège est basé hors de France)[3233]. En définitive, une norme traitant de la diversité dans la gestion des ressources humaines amorce une réflexion sur la sécurisation des *process*, participe à la construction d'une approche intégrée du risque, mais n'en garantit pas le respect. Or, si elles ne sont pas réellement mises en œuvre, ces pratiques ne sont que des « *coquilles vides* »[3234].

B – Un manque de recul critique

634. Position du problème – Rien ne garantit que ces normes soient suffisantes pour prévenir la discrimination dans les *process*. Lorsque les acteurs développent « *des programmes de gestion des ressources humaines plus "équitables", ils développent d'abord des programmes de gestion des ressources humaines "tout court"* »[3235]. Les changements

[3230] C. CORON, F. PIGEYRE, « L'appropriation des politiques d'égalité professionnelle par les acteurs : éléments de contexte et de conditions », *Management international*, nº 1, 2019, p. 127-39.
[3231] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, p. 72.
[3232] F. PIGEYRE, « Les accords d'égalité professionnelle peuvent-ils prévenir la discrimination ? », *op. cit.*, p. 167 ; J. RINGELHEIM, G. HERMAN, A. REA, « Introduction » *in* J. RINGELHEIM, G. HERMAN, A. REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 12 ; M. G. BRUNA, « Le portage d'une politique diversité comme processus de changement organisationnel : phénoménologie et jeux d'acteurs », *Question(s) de management*, nº 3, 2013, p. 29-30.
[3233] H. GARNER-MOYER, *Réflexions autour du concept de diversité. Éclairer pour mieux agir*, *op. cit.*, p. 116.
[3234] M. CHARPENEL, H. DEMILLY, S. POCHIC, « Égalité négociée, égalité standardisée ? », *op. cit.*, p. 143.
[3235] A. TANDE, *Lutter contre les discriminations ethno-raciales et/ou promouvoir la diversité dans le domaine de l'emploi ? Le développement d'une action publique ambiguë en Région de Bruxelles-Capitale (1997-2012)*, Thèse de doctorat en sciences politiques et sociales, Université Lille 2, Université Libre de Bruxelles, 2013, p. 374.

préconisés n'entraînent pas forcément d'évolution particulière concernant la prise en compte du problème discriminatoire dans les organisations[3236]. La persistance de disparités salariales entre les hommes et les femmes ou le non-respect du taux d'emploi de travailleurs en situation de handicap en sont de bons exemples[3237]. La tâche à laquelle doivent s'atteler les acteurs est d'autant plus difficile que la législation antidiscriminatoire a paradoxalement pour effet pervers de déplacer la discrimination. Le phénomène devient plus voilé, plus insidieux et par conséquent, plus difficile à appréhender par des moyens juridiques[3238]. Sur ce point, et à des degrés divers, les bonnes pratiques sur la diversité manquent de distance critique, voire alimentent le fait discriminatoire de façon pernicieuse. Le prisme managérial est insuffisamment interrogé. Plusieurs points critiques ont été relevés par les chercheurs.

635. « Les compétences » – À cet égard, les notions promues pour objectiver les procédures de gestion de ressources humaines sont peut-être moins objectives qu'elles n'y paraissent. Les « compétences », le « savoir-être », la « motivation » ou les « aptitudes » ne résolvent pas vraiment la question de l'appréciation objective des qualités nécessaires pour occuper un poste tout en garantissant l'absence de discrimination. Ces notions, placées au centre des mesures d'objectivisation, relèvent avant tout d'une dimension sociale et relationnelle de la « *valuation* »[3239] des aptitudes individuelles. Les logiques discriminatoires pourraient très bien se déplacer dans ces catégories perçues comme neutres ou techniques, peut-être à plus fortes raisons en considération du problème des discriminations cumulées ou intersectionnelles[3240]. Une notion comme celle des compétences qui a servi de mot d'ordre à une campagne d'affichage gouvernementale en 2016 est propice à accueillir des préjugés subtils, implicites, dissimulés derrière un paravent de légitimité[3241]. La définition qui est donnée de la compétence par Claude Levy-Leboyer laisse entrevoir toute la subjectivité que recouvre cette notion. L'auteur la définit comme « *la mise en œuvre intégrée d'aptitudes, de traits de personnalité et*

[3236] A. TANDE, *Lutter contre les discriminations ethno-raciales […]*, *op. cit.*, p. 369.
[3237] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, p. 95-6 et 18 (12 % des structures répondantes en comptent 6 %).
[3238] J. VRIELINK, « Le droit de l'égalité fait-il la différence ? Les effets du droit antidiscriminatoire à la lumière des recherches en sciences sociales » *in* J. RINGELHEIM, G. HERMAN, A. REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 59.
[3239] M. DOYTCHEVA, « Diversité et "super-diversité" dans les arènes académiques : pour une approche critique », *Sociétés Plurielles*, n° 2, 2018, p. 19.
[3240] M. DOYTCHEVA, « Aux limites de la diversité, la religion : un angle mort des politiques de lutte contre les discriminations », *Confluences Méditerranée*, n° 106, 2018, p. 116.
[3241] Campagne « Les compétences d'abord ! », lancée en avril 2016 par le ministère du Travail, conjointement avec le ministère de la Ville. V. E. BRUNEEL, « Quand montrer c'est ne pas dire : analyse sémiotique comparée de deux campagnes gouvernementales de sensibilisation aux préjugés », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 77-97.

aussi de connaissances acquises, pour mener à bien une mission complexe dans le cadre de l'entreprise qui en a chargé l'individu, et dans l'esprit de ses stratégies et de sa culture »[3242]. Au croisement de la sociologie du travail et de celle du racisme et des discriminations, les limites de cette catégorie cognitive et d'action sont naturellement percevables. Utilisée de manière non réflexive et critique, elle comporte un risque de réification[3243]. L'étude des pratiques routinières de sélection révèle les logiques sous-jacentes à un processus de naturalisation des compétences au regard de profils types. Derrière ces notions, le sexe ou « *la couleur des compétences* »[3244] sont déjà valorisées de façon problématique dans certains groupes professionnels. Il ne faut pas non plus occulter que les compétences « objectivement » vérifiables (diplômes, expériences professionnelles) jouent certainement au détriment des personnes aux profils atypiques[3245].

636. « L'employabilité » – De même, une notion comme celle d'employabilité est polymorphe et malléable, les acteurs se l'approprient différemment, en fonction des approches politiques et culturelles de chaque structure[3246]. Malgré son indétermination, elle est au centre du travail mené par les intermédiaires de l'emploi pour « *fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés* »[3247]. L'action entrepreneuriale sur la diversité s'appuie pour beaucoup sur l'intervention de ces structures externes qui sont des instigatrices et des pourvoyeuses de contenu pour l'entreprise[3248]. En construisant un problème de la discrimination ethno-raciale exogène à l'organisme, les employeurs peuvent le traiter par des dispositifs compensatoires sur l'égalité des chances qui leur évite d'interroger les règles implicites de la sélection au travail, le fonctionnement de l'organisation et donc les mécanismes

---

[3242] C. LEVY-LEBOYER, *La gestion des compétences : une démarche essentielle pour la compétitivité des entreprises*, Eyrolles, 2009 cité par P. SCHARNITZKY, P. STONE, *L'inclusion dans les organisations : de la posture à la pratique*, AFMD, 2018, p. 50. V. aussi E. OIRY, A. D'IRIBARNE, « La notion de compétence : continuités et changements par rapport à la notion de qualification », *Sociologie du travail*, 2001, n° 43, p. 49-66.

[3243] M. DOYTCHEVA, « Diversité et lutte contre les discriminations au travail. Catégorisations et usages du droit », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, § 29, NBP n° 21.

[3244] J. SCHEEPERS, « La couleur des compétences. Les cas comparés de deux groupes professionnels : les éducateurs et les vigiles », *SociologieS*, 2019. V. aussi E. LEMERCIER, É. PALOMARES, « Devenir éducateur/rice sous contrainte raciale. Enquête sur un secteur associatif aux frontières de la nation », *Politix*, n° 131, 2020, p. 53-81.

[3245] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » […]*, *op. cit*., p. 458.

[3246] B. GAZIER « L'employabilité : brève radiographie d'un concept en mutation », *Sociologie du Travail*, n° 4, 1990, p. 575-84.

[3247] E. QUERNEZ, « "Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés" : construction et mitigation d'un risque socio-racial », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 57-75.

[3248] M. DOYTCHEVA, « Intermédiaires et "opérateurs de la diversité" dans les politiques des entreprises », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 57-68.

d'éviction[3249]. Cette mise à distance du problème conforte un marché de la lutte contre la discrimination suspecté de générer de l'exclusion[3250]. Dès lors, certains auteurs se demandent si l'employabilité ne pourrait pas moins consister à accompagner l'insertion professionnelle de personnes en difficulté d'emploi qu'à neutraliser chez des candidats déjà triés sur le volet la figure imaginaire du jeune de banlieue[3251]. Ainsi, le traitement de l'employabilité porterait en lui le risque de basculer insidieusement vers un « *problème des publics* »[3252].

637. Perspectives – Dans ces conditions, comment évaluer objectivement les compétences, le savoir-être, la motivation ou les aptitudes ? La question fait débat parmi les chercheurs en gestion des ressources humaines et les sociologues[3253]. D'un point de vue juridique, ces pratiques gagneraient sans doute à être davantage approfondies et envisagées avec le recul qu'offrent près de quinze années de normes volontaires en la matière. À tout prendre, une étude étatsunienne met en garde contre un système de régulation qui incite les employeurs à adopter ce type de mesures, sans s'assurer en même temps de leurs effets[3254]. En France, une partie de la doctrine souligne l'intérêt qu'il y aurait à ce que les organisations qui suivent des normes volontaires soient soumises à un contrôle de leur application à la lueur des exigences de la non-discrimination[3255]. Une telle évaluation permettrait sans doute d'homogénéiser leur mise en œuvre. Elle supposerait néanmoins que la lutte contre les discriminations soit considérée comme un objectif public important[3256] : l'effectivité des normes traitant de la diversité pour sécuriser les risques des *process* en serait sans doute renforcée.

[3249] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, spéc. p. 129-44.

[3250] M. DIF-PRADALIER, « Changer la donne ou donner le change ? Enjeux et usages d'un groupement d'employeurs d'insertion et de qualification pour la grande entreprise », *Les cahiers de la LCD*, n° 10, 2019, p. 43-58 ; G. GIRAUDO, « Une entreprise de travail temporaire en lutte contre les discriminations. De la position publique et institutionnelle à la réalité du terrain » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Colombelles, EMS Éditions, 2010, p. 231-46 ; F. DHUME, « De la discrimination du marché au marché de la discrimination. Les fausses évidences de la "lutte contre les discriminations" », *Mouvements*, n° 49, 2007, p. 128-36 ; O. NOËL, « Intermédiaires sociaux et entreprises : des coproducteurs de discriminations ? », *Hommes et migrations*, n° 1219, 1999, p. 5-17.

[3251] E. QUERNEZ, « "Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés" […] », *op. cit.*, p. 68.

[3252] O. NOËL, « Injonction institutionnelle paradoxale et souffrance professionnelle : les métiers du travail social ou comment affronter la souffrance », *VEI-Diversité*, n° 137, 2004, p. 117.

[3253] H. GARNER, M. RECOULES, *Égalité, diversité, discrimination […], op. cit.*, p. 36.

[3254] L. H. KRIEGER, R. K. BEST, L. B. EDELMAN, « When "Best Practices" Win, Employees Lose: Symbolic Compliance and Judicial Inference in Federal Equal Employment Opportunity Cases », *Law & Social Inquiry*, n° 4, 2015, p. 867.

[3255] V. par ex. Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, *op. cit.*, p. 55.

[3256] S. BENICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » […], op. cit.*, p. 461.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

638. Avec la gestion procédurale du risque discriminatoire, l'accent préventif est d'abord mis sur l'analyse de la vulnérabilité, conformément à l'idée qu'« *on ne combat que ce qu'on connaît* »[3257]. Ici, la mesure de la diversité permet notamment de livrer un diagnostic de la trajectoire des individus au regard d'un ou plusieurs motifs discriminatoires, et ce dans tous les processus de gestion des ressources humaines. Cet état des lieux, le cas échéant, met en lumière des situations de discrimination existantes et permet de prévenir la survenance de ces phénomènes. Parallèlement, l'outil statistique est un levier d'action sur lequel les employeurs pourront s'appuyer pour mettre en place, suivre et évaluer des mesures de prévention. Cependant, si elle est aujourd'hui mieux acceptée et de plus en plus employée, la statistique a cristallisé les tensions autour de la mesure de la diversité des origines qui demeure un sujet sensible. Le droit de la protection des données personnelles n'y fait pas obstacle, mais enserre le recours à ces évaluations volontaires. Le RGPD et la jurisprudence du Conseil constitutionnel encadrent strictement ces usages.

639. Ensuite, la sécurisation des *process* déplace la prévention sur le terrain des routines organisationnelles. Il s'agit d'instaurer une culture de la non-discrimination, en internalisant ce risque dans les procédures qui régissent le fonctionnement des organisations. Ce travail de sécurisation passe par la formalisation et l'objectivisation des normes organisationnelles, de façon à leur donner un cadre formel et à les expurger de tous critères susceptibles de générer des discriminations directes ou indirectes. Bien qu'elle vise un horizon d'indifférence aux différences, cette approche intégrée de la non-discrimination suppose de maintenir une conscience élevée de ce risque. Elle nécessite un suivi constant et diffus des procédures. Cet enjeu est une source de difficulté pratique pour des normes appuyées sur le volontarisme des acteurs. En outre, leur substance pourrait s'avérer insuffisante pour appréhender des phénomènes discriminatoires aussi protéiformes que résilients. En définitive, sans négliger l'intérêt de la sécurisation des *process*, il ne faudrait pas s'interdire d'en interroger les principes avec l'ambition de relever les standards de protection, ce à quoi les auteurs des normes relatives à la diversité ne semblent pas encore prêts. À tout prendre, la prévention se joue aussi sur l'inclusion.

[3257] En ce sens, G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 78.

CHAPITRE 2
LA GESTION INCLUSIVE DU RISQUE DISCRIMINATOIRE

640. Position du problème – Plan – Les sciences de gestion se sont très tôt intéressées à l'inclusion des personnes, mais les analyses sur le sujet sont longtemps demeurées de l'ordre de la posture selon P. Scharnitzky et P. Stone, sans aborder de façon opérationnelle cet objectif[3258]. Malgré l'existence de ce décalage entre la théorie et les pratiques, la gestion inclusive du risque discriminatoire n'est pas absente des normes traitant de la diversité et connaît même un certain essor ces dernières années en France[3259]. L'inclusion s'entend ici strictement, au sens où elle renvoie à des mesures *identity-conscious* ciblées sur un ou plusieurs facteurs de discrimination. Par rapport à la gestion procédurale du risque discriminatoire, cette logique traduit une autre manière de prévenir le problème des discriminations. Traditionnellement, l'individu appartenant au groupe majoritaire est systématiquement pris comme norme de comparaison. Avec une approche inclusive de la lutte contre les discriminations, l'individu et son groupe sont intégrés au reste du collectif. Ce « *principe du "conçu pour tous"* »[3260] implique de considérer la situation de ceux qui sont dotés d'une caractéristique qui les distingue de la majorité de façon à ce que l'application des normes organisationnelles ne leur soit pas préjudiciable. Autrement dit, l'environnement doit s'adapter aux individus et non l'inverse. À cette fin, la gestion inclusive invite « *à penser le cadre dans lequel émerge le risque de discrimination* »[3261]. Prenant acte des pratiques volontaires des acteurs, cette logique est aujourd'hui consacrée par les pouvoirs publics à travers la création d'un conseil de l'inclusion dans l'emploi[3262]. Avec les normes relatives à la diversité, cette logique implique d'anticiper les effets différenciés du fonctionnement des organisations qui pourraient être défavorables à une catégorie de personnes et de tenter de les réduire autant que possible, au besoin par une transformation des pratiques. Dans ce cas, le levier de l'aménagement raisonnable est actionné (Section 1). Mais l'horizon d'inclusion s'entend aussi d'une réflexion plus large sur l'impact des stéréotypes et des préjugés sur la distribution des places et des rôles sociaux dans l'environnement de travail et même dans la société. Il importe

---

[3258] P. SCHARNITZKY, P. STONE, *L'inclusion dans les organisations : de la posture à la pratique*, AFMD, 2018, p. 12-3.
[3259] V. par ex. *ibid.*
[3260] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 81.
[3261] M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *LRDH*, nº 14, 2018, § 2.
[3262] Décr. nº 2018-1002 du 19 novembre 2018 *relatif à la création du conseil de l'inclusion dans l'emploi*.

d'invalider ces représentations mentales qui sont autant de prises à des comportements discriminatoires. Dans cette optique, la prévention des discriminations suppose un travail sur le long terme de déconstruction des déterminants collectifs infériorisant (Section 2).

SECTION 1 – LES AMENAGEMENTS RAISONNABLES

641. Position du problème – Plan – Le principe d'un ajustement de la norme organisationnelle s'inspire de l'idée qu'il faut parfois traiter de façon différenciée les individus pour assurer l'égalité. En l'espèce, il arrive qu'une disposition, une pratique ou un critère mis en place pour assurer le bon fonctionnement d'une organisation, d'une activité ou d'un service soit neutre en apparence, mais lèse une personne ou un groupe de personnes sur le fondement d'un ou plusieurs motifs discriminatoires. Indifférente pour la majorité des individus, l'application de cette norme devient défavorable pour une minorité d'autres personnes. Se pose alors la question du devenir de cette mesure. Son auteur ne pourra la maintenir, qu'à la condition qu'elle corresponde à l'une des exceptions prévues par le droit[3263] ou que, s'agissant de la discrimination indirecte, la disposition, le critère ou la pratique en cause soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés[3264]. Une autre solution consiste aussi à aménager raisonnablement cette disposition, pratique ou critère, de façon à neutraliser *ab initio* son caractère discriminatoire. Cette hypothèse répond à une gestion par l'inclusion des personnes pour désamorcer le risque discriminatoire. Dans ce cadre, la lutte contre les différences de traitement illégitimes passe par une meilleure prise en compte de la situation des personnes exposées à ces iniquités.

[3263] Nécessités d'ordre public (art. 2, § 5 dir. 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*) ; exigence essentielle et déterminante (art. 4, § 1 dir. n° 2000/78/CE et 4 dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 *relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*) ; action positive (art. 7 dir. n° 2000/78/CE, art. 5 dir. n° 2000/43/CE, art. 3 dir. n° 2006/54/CE du PE et du Conseil du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'galité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail*) ; protection de la femme, en particulier en matière de grossesse et de maternité (art. 28 dir. n° 2006/54/CE) ; essentiellement en matière religieuse, en raison d'une exigence professionnelle essentielle et légitime (art. 4, § 2 dir. n° 2000/78/CE) ; possibilité pour les organisations religieuses de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation (art. 4 *in fine* dir. n° 2000/78/CE) ; sur l'âge, s'il s'agit d'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 (art. 6, § 1 dir. n° 2000/78/CE).

[3264] Art. 1er, al. 2, 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*.

L'aménagement raisonnable est une source d'inspiration (§ 1) pour un principe d'aménagement encouragé par les normes sur la diversité (§ 2).

§ 1 – Une source d'inspiration

642. Plan – L'aménagement raisonnable est peu familier au droit français. Un bref détour par les origines de cette notion (A) s'impose avant de s'intéresser à la manière dont elle inspire le contenu des normes traitant de la diversité (B).

A – Les origines des aménagements raisonnables

643. Plan – Connu dans un premier temps des pays de *Common law* sous l'appellation d'accommodement raisonnable (1), ce n'est que dans un second temps que l'aménagement raisonnable a été transposé dans la législation française sous l'influence du droit européen (2).

1 – La formation dans les droits américain et canadien

644. La notion – P. Bosset distingue plusieurs usages de la notion d'aménagement raisonnable. Dans un sens profane, elle désigne simplement « *toute forme d'arrangement auquel aboutit la gestion d'un conflit* »[3265] ne répondant pas nécessairement d'une obligation. Dans un sens juridique, elle renvoie à « *l'adaptation d'une norme de droit* […] *dans le but d'atténuer ou d'éliminer l'impact que cette norme peut avoir sur un droit ou une liberté* […] *protégés* »[3266]. Enfin, dans une perspective à la fois plus stricte et technique tirée notamment de la lecture qui en a été faite en droit canadien, l'aménagement raisonnable se définit comme « *une obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme* »[3267]. Cette obligation d'ajuster la norme vise à éviter qu'une

[3265] P. BOSSET, « Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ? », *RIEJ*, nº 1, 2009, p. 6.
[3266] *Ibid.*
[3267] P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable » *in* M. JEZEQUEL, *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 4 ; P. BOSSET, « Droits de la personne et accommodements raisonnables […] », *op. cit.*, p. 6.

personne ne subisse une discrimination, à moins que cela ne cause une contrainte excessive à l'obligé.

645. À la suite de divergences jurisprudentielles qui ont commencé en 1968, le législateur des États-Unis est le premier en 1972 à avoir consacré une obligation d'aménagement raisonnable dans le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, d'abord pour motif religieux, ensuite en raison d'un handicap[3268]. Si l'Amérique fut pionnière en la matière, le Canada est le pays où cette obligation a connu les développements les plus importants, singulièrement au Québec où l'aménagement raisonnable, appelé accommodement raisonnable, est devenu une véritable question de société. L'obligation d'accommoder a été introduite par un arrêt de la Cour suprême, dans lequel elle a déduit du droit garanti par la Charte canadienne des droits et libertés de ne pas être discriminé au travail « *l'obligation générale* [...] *de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger* »[3269].

646. Au premier abord, la notion d'accommodement semble fondée sur un paradoxe entre des mesures qui d'un côté se donnent comme objectif de combattre les différences de traitements établies sur un motif illégitime et d'un autre côté, prennent en compte ce même motif afin de ne pas discriminer. La notion traduit une approche substantielle de l'égalité, tournée vers une réalisation concrète. Lorsqu'un espace social ne tient pas suffisamment compte de la situation des personnes porteuses d'une caractéristique de discrimination, elles risquent de subir un traitement moins défavorable du fait de cette caractéristique. Dès lors que l'environnement des individus en situation minoritaire est organisé uniquement en fonction des attributs de la majorité, il devient exclusif pour ces personnes. Elles voient leur faculté d'évoluer dans la société entravée[3270]. L'accommodement est appelé à résoudre cette contrariété en entraînant une modification ou un ajustement de leur environnement pour éviter qu'elles ne soient désavantagées par rapport à d'autres individus en raison des caractéristiques qui les distinguent de la majorité. Par conséquent, la réalisation de l'égalité concrète nécessite un changement de culture organisationnelle. L'inclusion n'implique pas seulement d'éviter les traitements arbitraires ou de compenser les inégalités par des mesures préférentielles. Elle consiste en l'occurrence à mieux considérer les singularités et à individualiser davantage les

---

[3268] E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009, p. 325-6.
[3269] CS CANADA, 17 décembre 1985, n° 2 R.C.S. 536, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, § 22.
[3270] E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité […] », *op. cit.*, p. 324.

conditions de travail, d'apprentissage à l'école, etc.[3271]. Au Canada, les modalités d'accommodement sont multiples. L'aménagement peut être imposé par un tribunal, négocié à l'amiable ou recommandé par une commission des droits de la personne. Il peut prendre la forme soit d'une dispense pure et simple de l'application de la règle pénalisante, soit d'un régime d'exception. À prendre le domaine de l'emploi par exemple, l'employeur canadien a pour obligation de moyen de rechercher une solution permettant au salarié d'exercer sa prestation dans un environnement de travail non discriminatoire. Il doit tenter de s'entendre raisonnablement avec la personne lésée. Cette obligation implique une exception, une exemption ou une adaptation de la norme d'entreprise pour permettre, par exemple, le libre exercice des pratiques religieuses. L'employeur « *n'abandonne donc pas une pratique légitime et justifiée pour la majorité mais* […] *réduit l'impact de cette pratique sur certains salariés en raison de leurs caractéristiques particulières* »[3272]. En conséquence, une approche différenciée sera parfois nécessaire pour assurer l'égalité de traitement.

647. Le régime – Pour que l'obligation d'accommodement s'applique, il faut qu'existe un effet discriminatoire, nonobstant une quelconque intention. En d'autres termes, il faut qu'une disposition, un critère ou une pratique discrimine une personne ou un groupe de personnes. Tous les arrangements venant solder un conflit ne sont donc pas des accommodements raisonnables[3273]. L'exigence d'une discrimination a fait l'objet d'une triple extension. D'abord circonscrite de façon tacite aux discriminations indirectes, la Cour suprême du Canada a fini par l'étendre aux discriminations directes en s'affranchissant du même coup de la nécessité de distinguer les deux régimes. Ce critère unifié sous la bannière unique de la discrimination a entraîné l'inclusion d'une clause d'accommodement dans la formulation même des normes susceptibles d'être discriminatoires afin de les rendre légitimes *ab initio*[3274]. Ensuite, alors qu'à l'origine seules les relations de travail avec l'employeur étaient visées, cette exigence a très vite été élargie aux syndicats, puis à l'ensemble des biens et services offerts au public (prestation commerciale, accès à la justice, secteur éducatif, etc.)[3275]. Enfin, les accommodements raisonnables ont vocation à régir l'ensemble des motifs de discrimination prohibés en droit.

[3271] M. JEZEQUEL, « L'obligation d'accommodement : un outil juridique et une mesure d'intégration », *Éthique publique*, nº 1, 2006, § 7.
[3272] B. BOSSU, « L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *JCP S*, nº 23, 2018, p. 10-4, § 7.
[3273] P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement […] » *op. cit.*, p. 10.
[3274] *Ibid.*, p. 5-6.
[3275] *Ibid.*, p. 7-9.

S'ils se sont d'abord déployés dans le cadre de la liberté religieuse, la doctrine relève dans la jurisprudence de nombreuses applications liées au sexe, à la grossesse, à l'âge, à l'origine nationale et surtout au handicap[3276].

648. L'employeur peut se libérer de son obligation d'accommodement si la norme litigieuse répond à trois conditions posées par la Cour suprême[3277]. Premièrement, il doit prouver que la norme a été adoptée dans un but rationnel lié à l'exécution du travail en cause. Deuxièmement, il doit montrer l'avoir adoptée avec la croyance sincère qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime au travail. Troisièmement, il doit démontrer que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour cela, il lui faut établir l'impossibilité de trouver un arrangement avec la personne qui subit un préjudice. Celle-ci doit participer de façon loyale au processus, en acceptant de faire certaines concessions (un changement de poste, d'horaires, etc.) et en faisant preuve de souplesse, même si la solution ne la satisfait pas pleinement[3278]. À défaut de compromis, elle est responsable de l'échec de l'arrangement. Quant à l'auteur de la norme contestée, il ne peut se libérer de son obligation que s'il démontre que l'accommodement entraîne une charge excessive[3279]. À suivre la jurisprudence recensée par la doctrine, cette condition a été retenue concernant un coût excessif, une entrave au bon fonctionnement de l'organisation ou encore une atteinte importante aux droits[3280].

2 – La transposition dans le droit national et le droit de l'Union européenne

649. Les aménagements raisonnables dans la loi – Le principe de l'accommodement raisonnable n'est pas aussi iconoclaste qu'il y paraît, puisque le droit français connaît une exigence analogue avec l'aménagement raisonnable. La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ratifiée par la France en 2010 interdit toutes les discriminations fondées sur le handicap, y compris le refus d'aménagement raisonnable. Elle charge les États de garantir l'exercice du droit au travail, notamment en faisant en sorte que des

[3276] *Ibid.*, p. 6-7 ; C. SENECHAL, J. LANGEVIN, « Les accommodements au bénéfice des personnes handicapées en droit québécois », *RDLF*, chron. n° 57, 2020.
[3277] CS CANADA, 9 septembre 1999, n° 3 R.C.S, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, § 54.
[3278] S. FANTONI-QUINTON, A. –M. LAFLAMME, « L'obligation de "reclassement" à la lumière de la notion d'"accommodement raisonnable" du droit canadien », *DS*, n° 2, 2009, p. 215-20.
[3279] CS CANADA, 17 décembre 1985, n° 2 R.C.S. 536, *Commission ontarienne des droits […]*, *op. cit.* not. § 23.
[3280] J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 43, 1998, p. 347-57.

aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail[3281]. L'article 5 de la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 prévoit une obligation d'aménagements raisonnables pour les personnes handicapées qui pèse sur les employeurs. Cette disposition est transposée à l'article L. 5213-6 du Code du travail qui ne fait pas expressément mention de cette notion, mais dispose qu'« *afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre* [à ces] *travailleurs* […] *d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. L'employeur s'assure que les logiciels installés sur le poste de travail des personnes handicapées et nécessaires à leur exercice professionnel sont accessibles. Il s'assure également que le poste de travail des personnes handicapées est accessible en télétravail. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées* […] *Le refus de prendre* [de telles] *mesures* […] *peut être constitutif d'une discrimination* »[3282]. Une mesure similaire, quoique plus précise à certains égards, est prévue dans la loi Le Pors[3283]. Pour autant, les secteurs de travail et d'emploi qui ne sont pas expressément visés par la loi ne sont pas exonérés de cette obligation en raison de l'effet direct des dispositions de la directive 2000/78/CE qui a vocation à s'appliquer à tous les employeurs sans exception[3284]. Les notions de mesures appropriées et de charge disproportionnée constituent les deux piliers de l'obligation d'aménagement raisonnable. Par mesures appropriées, il faut entendre « *des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap* »[3285] permettant de garantir une égalité de traitement à l'égard du travailleur handicapé concerné. Cette condition trouve ses limites s'il est démontré qu'elles constituent une charge disproportionnée, autrement dit déraisonnable, pour l'employeur au regard de sa situation concrète (coûts financiers, taille et ressources financières de l'organisation, possibilité d'obtenir des aides, etc.)[3286]. Du reste, l'emploi n'est pas le seul secteur dans lequel le législateur

---

[3281] Conv. internationale relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006 ; loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 *autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées* ; décr. n° 2010-356 du 1er avril 2010 *portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées*.
[3282] Art. 24, loi n° 2005-102 du 11 février 2005 *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*.
[3283] Art. 6 *sexies*, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors*. L'aménagement doit permettre au travailleur d'accéder à des fonctions de niveau supérieur.
[3284] CE, ass., 22 octobre 2010, n° 301572, *Mme B.* ; CE, ssr, 11 juillet 2012, n° 347703 ; art. 3, dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général […]*, *op. cit.*
[3285] § 20 préambule, dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre […]*, *op. cit.*
[3286] § 21 préambule, *ibid.*

a souhaité instaurer une obligation d'aménagement raisonnable. Dans l'audiovisuel par exemple, depuis 2005 les éditeurs de service audiovisuels doivent rendre accessibles aux personnes sourdes ou malentendantes certains de leurs programmes[3287]. Dans tous les cas, l'objectif est bien d'« *adapter une règle conçue pour une majorité donnée, dans le but de répondre aux besoins spécifiques de certaines personnes ou d'un groupe, afin que ceux-ci ne soient pas victimes de discrimination liée aux caractéristiques qui les différencient de la majorité* »[3288].

650. Les aménagements raisonnables dans la jurisprudence et les observations de la HALDE – De façon générale, le droit de la non-discrimination peut conduire à interdire le traitement identique de situations différentes. Cette conception propre aux juges européens est susceptible de justifier un aménagement raisonnable selon le Défenseur des droits[3289]. Depuis l'arrêt *Thlimmenos*, la CEDH reconnaît qu'il y a discrimination lorsque, sans justification objective et raisonnable, un État s'abstient d'aménager une norme générale, au besoin en y introduisant des exceptions, pour éviter d'appliquer un traitement identique à des individus placés dans des situations distinctes, lorsque ce traitement défavorise les personnes pratiquant une religion déterminée[3290]. Bien que la notion ne soit pas utilisée par la Cour, ce principe peut être assimilé à une obligation d'aménagement raisonnable[3291]. De même, la CJUE considère que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux est une expression particulière du principe d'égalité de traitement qui implique que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié[3292]. Dans le même ordre d'idées, la HALDE a identifié en 2005 une discrimination religieuse au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal dans une affaire où une salariée avait été licenciée pour avoir porté un voile islamique en contradiction avec le règlement intérieur de la société qui l'employait. L'entreprise justifiait son éviction par des raisons tenant à la sécurité et à la préservation de l'image de l'entreprise. La Haute Autorité avait considéré que « *l'employeur ne pouvait pas traiter*

[3287] Art. 20-6 ; 28, 5° *bis* et ter ; 33-1, I ; 33-3, I, 4° ; 56-1 loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication (Loi Léotard*).
[3288] B. BOSSU, « L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *op. cit.*, § 1.
[3289] V. en ce sens, DDD, *Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable*, 2017, p. 9.
[3290] CEDH, gr. ch., 6 avril 2000, n° 34369/97, *Thlimmenos c. Grèce*, spéc. § 44 et 48. V. ég. CEDH, gr. ch., 13 novembre 2007, n° 57325/00, *D. H. et autres c. République Tchèque*, § 175.
[3291] E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité […] », *op. cit.*, p. 355.
[3292] CJUE, ch., 22 mai 2014, n° C-356/12, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, § 43. V. déjà CJCE, 17 juillet 1963, n° 13-63, *Italie c. Commission*, § 4, B) ; CJCE, ch., 30 juin 1998, n° C-394/96, *Brown*, § 30-1.

indifféremment les coiffes sans portées significatives de celles manifestant une conviction religieuse »[3293]. Pour elle, « *l'interdiction concernant la seconde catégorie devait être entourée de garanties supérieures* »[3294]. Partant de ce constat, la HALDE avait reproché à l'employeur de n'avoir « *entrepris aucune démarche pour tenter de concilier la consigne édictée et le respect de la liberté religieuse de la réclamante et éviter, ainsi, le licenciement* »[3295]. À l'occasion d'autres espèces portant sur le port du voile au travail, l'idée d'aménagement raisonnable a trouvé un nouvel essor dans la jurisprudence de la CJUE.

651. Après avoir implicitement admis le principe de l'aménagement raisonnable dans son arrêt *Vivien Prais* dès 1976[3296], la Cour du Luxembourg s'est récemment faite plus explicite. Dans l'affaire *Achbita c. G4S*, une réceptionniste portant un voile avait été licenciée pour manquement à une obligation de neutralité inscrite dans le règlement intérieur de la société qui l'employait. Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE a posé plusieurs conditions pour apprécier la légalité de la mesure litigieuse. Parmi celles-ci, elle a imposé « *à la juridiction de renvoi de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à* [l'employeur] *face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement* »[3297]. Elle conclut qu'« *il incombe à la juridiction de renvoi, eu égard à tous les éléments du dossier, de tenir compte des intérêts en présence et de limiter les restrictions aux libertés en cause au strict nécessaire* »[3298]. Aiguillée par la position de l'avocate générale qui estimait *a contrario* qu'il n'était pas conforme à la directive 2000/78 d'exiger de l'employeur des aménagements pour d'autres critères que le handicap, la doctrine a interprété cette exigence comme une ouverture vers la théorie des accommodements raisonnables[3299]. Le raisonnement de la Cour a néanmoins été critiqué, notamment pour son

[3293] HALDE, délib. n° 2006-126 du 19 juin 2006 *relative au licenciement discriminatoire fondé sur les convictions religieuses d'une préparatrice de commande pour avoir refusé d'ôter son voile*, § 23. V. ég. HALDE, n° 2005-26 du 19 septembre 2005 *relative au refus d'accès dans des locaux en raison du port d'un signe religieux*.
[3294] HALDE, délib. n° 2006-126 du 19 juin 2006 *relative au licenciement discriminatoire fondé […]*, *op. cit.*, § 23.
[3295] *Ibid.*
[3296] CJCE, 27 octobre 1976, n° 130-75, *Viven Prais*, spéc. § 18 : en invitant l'autorité investie du pouvoir d'organisation d'un concours à s'informer des dates qui pourraient ne pas convenir pour des motifs religieux et à tâcher d'éviter de fixer les épreuves ces jours-là.
[3297] CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, § 43.
[3298] *Ibid.*
[3299] J. KOKOTT, concl. ss *ibid.*, § 110 ; M. VALETTE, M. VALLENS, « Vers l'obligation de reclasser une salariée portant le voile ? », *SSL*, n° 1762, 2017, p. 10-2 ; J. MOULY, « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *D.*, n° 17, 2017, p. 947-52.

caractère peu contraignant, puisque cet aménagement ne doit entraîner aucune charge supplémentaire pour l'organisation.

652. Pour une partie de la doctrine, « *comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir, les États européens* [aussi] *réalisent parfois des "aménagements raisonnables", sans en avoir conscience* »[3300]. Dans l'affaire *Bougnaoui* du 22 novembre 2017, toujours à propos du licenciement d'une salariée pour le même motif, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est alignée sur la position de la CJUE. Avant toute chose, le juge a pris soin de rappeler que l'employeur est « *investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié* »[3301]. Il a expliqué ensuite « *qu'en présence du refus d'une salariée de se conformer à une* […] *clause* [de neutralité] *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* »[3302]. Dans une note explicative adossée à l'arrêt, il est précisé que cette obligation « *qui s'apparente à une obligation de recherche de reclassement ou d'accommodements raisonnables, notion plus familière aux pays de Common Law, n'est qu'une application du principe de proportionnalité, s'agissant de déroger à une liberté fondamentale* »[3303]. La formule se veut très prudente, mais l'idée est là. L'expression a récemment ressurgi dans les conclusions du rapporteur public S. Deliancourt à l'occasion des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décisions du maire de Chalon-sur-Saône et de son conseil municipal d'arrêter la distribution de repas de substitution qui avait été mise en place de longue date dans la collectivité[3304]. Il est vrai que le juge administratif est régulièrement confronté à des difficultés d'articulation entre la liberté d'expression religieuse et le principe de laïcité français[3305]. En s'engageant timidement dans une voie accommodante,

---

[3300] E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité […] », *op. cit.*, p. 372.
[3301] Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, *Bougnaoui*, § 3, *in fine*.
[3302] *Ibid.*
[3303] CASS., *Note explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 2484 (13-19.855) du 22 novembre 2017*, 22 novembre 2017.
[3304] B. BAPTISTE, « Repas de substitution et principe de laïcité : de l'intérêt d'un accommodement raisonnable », *AJDA*, n° 2, 2019, p. 117-22 ; CAA Lyon, 23 octobre 2018, n° 17LY03323.
[3305] V. par ex. CE, avis, 23 novembre 2013 (non publié) et TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386 (tenue vestimentaire des accompagnateurs de sorties scolaires) ; CE, ord., 26 août 2016, n° 403578 (tenue vestimentaire dite du burkini) ; CE, ssr., 28 juillet 2017, n° 390740 (interdiction faite aux élèves des instituts de formation paramédicaux de manifester leurs convictions religieuses).

l'administration consacrerait des aménagements raisonnables au bénéfice des usagers du service public[3306].

653. L'aménagement raisonnable dans la littérature administrative – De ce point de vue, le secteur public n'ignorerait pas l'aménagement raisonnable. À côté de l'article 6, *sexies* de la loi Le Pors, la notion est évoquée dans le rapport rendu en 2003 par la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. B. Stasi l'emploie notamment pour évoquer la nécessité de prendre en compte les exigences religieuses en matière alimentaire, dans la mesure où elles sont compatibles avec le bon fonctionnement du service. Dans cette veine, le guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées réalisé par le ministère du Travail en 2017 propose des solutions pratiques dont la logique se rapproche de celle des accommodements raisonnables. Il y est par exemple rappelé que la loi n'interdit pas à un employeur d'adapter les horaires de travail en fonction de pratiques religieuses[3307]. Ainsi, si le juge et l'administration dans ses relations avec les usagers semblent parfois s'inspirer plus ou moins explicitement des aménagements raisonnables. Sur ce terrain, ils sont depuis quelques années rejoints par d'autres organisations qui appliquent les recommandations contenues dans les normes relatives à la diversité s'inspirant de ce principe.

B – L'adaptation des aménagements raisonnables dans les normes relatives à la diversité

654. Un objectif de non-discrimination – Pour atteindre l'inclusion, certaines normes traitant de la diversité s'inscrivent dans une perspective de dépassement de l'égalité formelle[3308]. Avec cette intention, leurs auteurs s'inspirent de l'aménagement-accommodement raisonnable, les deux notions étant similaires ici, pour encourager les mesures proactives dans une situation de vulnérabilité ou de tensions en milieu professionnel. Il s'agit d'éviter qu'une disposition, un critère ou une pratique anodins pour la majorité des individus ne pénalise une catégorie de personne en raison d'une caractéristique particulière. Puisque la discrimination résulte de l'interaction avec la société, c'est bien l'environnement qui doit s'adapter à la personne discriminée et non l'inverse. Plutôt que de s'abriter derrière l'indifférence à l'égard

---

[3306] T. GRÜNDLER, « Des aménagements raisonnables au bénéfice des usagers du service public ? Le cas des repas confessionnels » *in* T. GRÜNDLER, T. DUMORTIER, *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, ARDIS, 2016, p. 87-95.

[3307] MINISTERE DU TRAVAIL, *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées*, 2017, version employeurs, not. p. 14-5, 25 et 26.

[3308] V. à ce propos, F. LEMAIRE, « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque », *RFDA*, n° 2, 2010, p. 301-8.

du plus grand nombre, ces normes invitent à reconsidérer l'espace de travail à l'aune des motifs discriminatoires pour le rendre plus inclusif. Ce faisant, les employeurs entendent s'assurer de la conformité de leur *praxis* au droit de la non-discrimination. L'adaptation des routines de fonctionnement aux cas d'espèce modifie les *habitus* organisationnels pour les rendre réellement plus égalitaires. La prise en compte du risque d'un désavantage particulier pour certains individus par rapport à d'autres à raison d'un motif prohibé dans les conditions de travail, la configuration des locaux ou les procédés de communication par exemple, offrent de riches perspectives pour endiguer les biais discriminatoires directs ou indirects.

655. Une adaptation différenciée – La suppression des obstacles ne s'inscrit pas dans la promotion d'intérêts catégoriels, mais au contraire dans l'optique de réaliser un « *universalisme concret* »[3309]. Par conséquent, la considération portée aux motifs discriminatoires ne vise que ce qui est inégalitaire au sein d'une norme qui n'aspire qu'à la concrétisation de l'universalisme[3310]. Par rapport à une approche formelle, ce changement de logique s'appuie sur un traitement différencié en fonction des principaux motifs discriminatoires susceptibles d'être activés par une norme organisationnelle quelconque : le handicap bien sûr, mais aussi le sexe, la grossesse, la situation de famille, l'âge et dans une moindre mesure la nationalité, l'orientation sexuelle et l'identité de genre ou encore la religion. La variété des critères retenus exclut de réduire ces mesures d'aménagement à un outil de gestion de la diversité religieuse. Cependant, les adaptations recommandées sont assez peu ambitieuses. Sans surprise, l'attention portée aux publics pour lesquels il existe des obligations légales tranche également avec le peu d'attention accordée à d'autres critères et notamment à l'aménagement de la religion.

656. Une démarche volontaire – Cette approche plus inclusive de la diversité des individus est dépendante de la volonté de l'organisation, exception faite des obligations qui lui incombent en vertu de la loi. Ici, les normes portant sur la diversité se distinguent de la situation dans laquelle l'État impose une obligation d'aménagement raisonnable. À l'exception du motif du handicap pour lequel des obligations précises existent, la démarche illustre la transposition volontaire d'une obligation de moyen renforcée concernant une catégorie unique de personnes à d'autres groupes d'individus. Cette adaptation est le fruit d'initiatives localisées, à l'échelle d'une organisation en particulier. Ce mouvement d'acclimatation n'est pas circonscrit à la

---

[3309] T. AL-DOURI, « Sous l'universalisme, les discriminations indirectes », *Contretemps*, 1er mai 2013.
[3310] H. RIHAL, J. CHARRUAU, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSS*, no 5, 2013, p. 843-54.

France, mais concerne d'autres pays de l'Union qui s'inspirent de pratiques similaires, souvent sans les nommer comme telles[3311]. En l'espèce, les aménagements recensés sont essentiellement prévus dans des référentiels de bonnes pratiques et dans des conventions et accords collectifs. Par conséquent, si ces pratiques volontaires ne sont pas inconnues des politiques de diversité des administrations[3312], les exemples mentionnés sont avant tout tirés du secteur privé. Généralement, seules quelques mesures s'inspirent de ce principe. Bien souvent, ces normes ne fixent que des lignes directrices de comportements assez imprécises, de façon à orienter les organisations vers les accommodements qu'elles peuvent mettre en place. Elles reçoivent pour cela le concours des autorités nationales chargées de lutter contre les discriminations qui, à leur tour par des guides, tentent d'apporter un accompagnement technique en amont de la définition de mesures appropriées[3313]. Cet aspect rappelle combien l'accommodement raisonnable est en prise avec les faits. L'opération fait appel à l'imagination pratique. Une fois l'idée d'un aménagement différencié admise, il faut en tirer les conséquences concrètes. Ici, la figure du juriste croise à nouveau celle du spécialiste de la gestion des ressources humaines[3314]. Néanmoins, le caractère essentiellement volontariste de ces normes fait qu'elles ne sont pas toujours suivies d'effets. Les moyens mis en œuvre ne sont pas forcément à la hauteur des objectifs fixés, ou bien les services concernés se désengagent de cet aspect au bénéfice d'autres priorités. En outre, elles apparaissent souvent comme une sorte de décalque, plus ou moins fidèle, parfois amélioré et complété, de dispositions légales. Il n'en demeure pas moins qu'elles contribuent à créer une culture de l'inclusion pour prévenir le risque discriminatoire.

§ 2 – Un principe d'aménagement

657. Position du problème – Plan – Les mesures inspirées des aménagements raisonnables ne constituent pas l'essentiel des normes portant sur la diversité. La multiplicité des sources est un obstacle à une identification exhaustive. Sans compter qu'il existe désormais plusieurs dizaines de critères de discrimination et que tous ne sont pas investis également. La vision

---

[3311] Pour une perspective internationale, v. E. BRIBOSIA, I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse : regards croisés, Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, P. I. E. Peter Lang, 2015.
[3312] V. par ex. DGAFP, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique. Édition 2018*, 2019, p. 65.
[3313] V. par ex. DDD, *Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi*, 2017 ; DDD, *Emploi des personnes en situation de handicap […]*, *op. cit.* ; DDD, *Accès à l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé*, 2012, p. 19.
[3314] P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement […] », *op. cit.*, p. 1.

exaltée d'une diversité « *par nature sans limites* »[3315] se heurte ici à des usages caractérisés par un investissement sélectif et différencié des catégories d'action. Les organisations font souvent le choix d'une approche segmentée, parce que les lois les incitent à agir par public cible, mais aussi parce que ce choix est plus simple et plus lisible pour elles. Le constat corrobore les effets de dilution et d'évictions de certains motifs discriminatoires permis par un droit de la régulation, tout en les éclairant sous un jour nouveau[3316]. Dans l'ensemble, le constat des aménagements identifiés est donc assez décevant. Quelques motifs de discrimination sont couramment pris en compte (A) quand d'autres sont négligés (B).

A – Les motifs de discrimination pris en compte

658. Plan – Certains motifs, comme le sexe, la grossesse, la situation de famille et dans une moindre mesure l'orientation sexuelle, sont abordés à la croisée de l'environnement professionnel et de la vie privée (1). D'autres, comme l'âge ou le handicap, le sont au prisme de l'insertion professionnelle et du maintien dans l'emploi (2). Outre l'influence des obligations légales qui pèsent sur ces publics, il est possible de voir l'intérêt porté à la situation des femmes, des travailleurs âgés ou en situation de handicap comme une réponse aux effets structurels et conjugués des différences de traitement individuelles et collectives auxquels ils sont confrontés et qui relèvent parfois d'une dimension discriminatoire systémique[3317]. Ces adaptations s'imposent alors non comme une alternative, mais comme un complément à la sanction des discriminations fondées sur ces critères qui ne serait pas toujours le moyen le plus efficace de lutter contre ces phénomènes structurels[3318].

1– Les motifs aménagés à la croisée de l'environnement professionnel et de la vie privée

659. Le cadre donné aux aménagements – L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes est le champ de l'égalité dans lequel la production de normes relatives à la diversité est la plus dense, en raison des obligations légales existantes et du consensualisme qui entoure ce sujet. La thématique est vaste. Pour ne citer que les principales préoccupations des auteurs de ces normes, elles concernent le problème de la promotion et de la mobilité professionnelle

[3315] O. MASCLET, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 5.
[3316] V. *supra*, § 359 et suiv.
[3317] Sur les points communs que partagent ces discriminations, v. M. MERCAT-BRUNS, E. BOUSSARD-VERRECCHIA, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », *RDT*, n° 11, 2015, p. 660-71.
[3318] En ce sens, v. M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT*, n° 6, 2007, p. 360-8.

(ségrégation verticale), de la mixité des emplois (ségrégation horizontale), de l'égalité de rémunération, de la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée, de la lutte contre les stéréotypes sexués ou encore des discriminations liées à la grossesse et à la situation de famille[3319]. Parmi ces dimensions, seules la mixité des emplois, la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée et la parentalité font l'objet d'aménagements raisonnables. Les auteurs de ces normes entendent adapter le cadre de travail de façon à mieux tenir compte de la situation personnelle des collaborateurs, essentiellement ici des femmes. L'analyse de l'organisation du travail et des modes de gestion de la main d'œuvre a éclairé des mécanismes genrés nichés au cœur même des organisations qui se sont construites au masculin-neutre et qui génèrent des discriminations indirectes envers les femmes. Celles-ci doivent composer avec des obstacles spécifiques liés notamment au rôle qui leur est traditionnellement dévolu dans le cercle familial relativement aux charges domestiques et à la responsabilité des enfants, ainsi que de gestion d'une double carrière dans le couple[3320].

660. Plusieurs thèmes visés – Pour renforcer la mixité professionnelle, les normes portant sur la diversité invitent à reconsidérer la norme organisationnelle de façon à la rendre plus inclusive. Au travers de la diminution de la pénibilité (aménagements de postes, solutions ergonomiques pour alléger les contraintes physiques) et du démantèlement de l'impact du genre dans les métiers (adaptation des locaux comme les vestiaires et les sanitaires ou de l'équipement de protection individuelle), il s'agit de lutter contre les discriminations directes et indirectes qui, autrement, maintiennent les femmes dans une situation défavorable par rapport aux hommes[3321]. Envisagée sous l'angle des aménagements, l'égalité professionnelle se rapporte aussi à la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée, ainsi qu'aux discriminations

---

[3319] A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014, p. 59-60 ; DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, p. 89-91.

[3320] V. par ex. S. FORTINO, *La mixité au travail*, Paris, La Dispute, 2002 ; J. LAUFER, « La construction du plafond de verre : le cas des femmes cadres à potentiel », *Travail et emploi*, n° 102, 2005, p. 31-44 ; S. POCHIC, « Faire carrière : l'apport d'une approche en termes de genre », *Formation emploi*, n° 91, 2005, p. 75-94 ; S. POCHIC, C. GUILLAUME, « Les attendus implicites de la carrière : usages et mis en forme de la vie privée » *in* I. BERREBI-HOFFMANN, *Politiques de l'intime - des utopies d'hier aux mondes du travail d'aujourd'hui*, Paris, La Découverte, 2009, p. 145-67.

[3321] V. par ex. INDUSTRIE ET COMMERCE EN GROS DE VIANDES, *Convention collective nationale des entreprises de l'industrie et des commerces en gros des viandes du 20 février 1969. Accord relatif à la diversité et à l'égalité professionnelle*, 26 septembre 2019, p. 7 ; SAINT-GOBAIN, *Entreprises françaises du groupe Saint-Gobain : accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012, p. 14 ; SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers du 27 juin 2006. Accord relatif à la diversité et à l'égalité des chances*, 19 avril 2018, p. 5-6 ; BTP, *Accord collectif national diversité et égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes dans le BTP*, 10 septembre 2009, p. 44 et 46.

liées à la parentalité, deux thèmes auxquels les organisations consacrent une bonne part de leurs actions. Ces ajustements consistent à prévenir, et le cas échéant à corriger les désavantages qui pourraient affecter les femmes dans leur emploi. Le plafond de verre, c'est-à-dire les « *barrières invisibles, artificielles, créées par des préjugés comportementaux et organisationnels, qui empêchent les femmes d'accéder aux plus hautes responsabilités* »[3322] est souvent mis en évidence[3323]. Toutefois, ces obstacles ne se réduisent pas à cet aspect et concernent par exemple la maternité[3324]. La jurisprudence fait état de nombreuses salariées qui voient leur carrière stagner par rapport à celle de leurs homologues masculins à diplôme égal et à expérience équivalente[3325], particulièrement après la naissance d'un ou de plusieurs enfants[3326]. L'accommodement vise alors à déjouer la survenance de discriminations, en particulier celles dont la récurrence est attestée à ces périodes clés de la vie professionnelle et personnelle des femmes.

661. Une pluralité de motifs concernés – L'étendue et la multiplicité de ces enjeux expliquent que les ajustements considérés n'ont pas uniquement un impact sur le motif du sexe. L'égalité professionnelle qui sert de moteur aux aménagements raisonnables est susceptible d'englober plusieurs motifs de discrimination, parmi lesquels le sexe, la grossesse, la situation de famille et dans une moindre mesure, l'orientation sexuelle. Dans une perspective sociologique, ils prennent en compte les aspects liés au genre. Concernant la grossesse ou la situation de famille, il faut rappeler que l'interdiction des discriminations a dans un premier temps été posée parce que les femmes étaient discriminées dans l'accès à l'emploi et dans l'exercice d'un emploi du fait de leurs conditions familiales, notamment leur état matrimonial

---

[3322] BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *La promotion des femmes aux postes de direction*, 1997 cité par V. DUTRAIVE, V. FOREST, « Égalité professionnelle homme/femme : entre impulsion législative et pratiques de RSE » *in* D. CAZAL, F. CHAVY, N. POSTEL et *al*., *La responsabilité sociale de l'entreprise : nouvelle régulation du capitalisme ?*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2011, p. 225, NBP n° 9.

[3323] V. par ex. J. LAUFER (dir.), *Femmes dirigeantes en entreprise : des parcours aux leviers d'action*, AFMD, 2014 ; C. MARRY, L. BERENI, A. JACQUEMART et *al*., *Le plafond de verre dans les ministères. Une analyse de la fabrication organisationnelle des dirigeant.e.s*, DGAFP, 2014 ; M. SAM-GIAO, « L'accès des femmes aux emplois de direction générale dans les grandes collectivités locales : état des lieux et points de résistance », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 69-73 ; N. LOISEAU, « Défis et enjeux de la place des femmes à l'ÉNA », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 91-101 ; F. DESCAMPS-CROSNIER, *La force de l'égalité. Les inégalités de rémunération et de parcours professionnels entre femmes et hommes dans la fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2016.

[3324] V. par ex. O. BUI-XUAN, « Le congé de maternité des enseignantes-chercheures », *Droit et société*, n° 77, 2011, p. 109-36 ; O. BUI-XUAN, « Circulaire du 30 avril 2012 : du nouveau au sujet des congés des enseignants-chercheurs ?, *AJFP*, n° 5, 2012, p. 261-5.

[3325] CA Paris, 16 juin 2011, n° 09/08065, *Mancinho-Pereira*.

[3326] V. par ex. Soc., 16 décembre 2008, n° 06-45.262 ; CA Paris, 5 mai 2010, n° 08/08694 ; HALDE, délib. n° 2010-55 du 1er mars 2010 *relative à une discrimination en matière d'affectations, d'avancement de carrière et de rémunération, en raison des grossesses de la réclamante* ; CPH Arras, 31 mars 2011, n° F09/00331.

et leur qualité de mère[3327]. En outre, ces critères peuvent se cumuler[3328]. De même, des personnes sont parfois traitées défavorablement du fait de leur association à un tiers. Un cas typique est celui de la salariée discriminée en raison de sa demande de flexibilité pour prendre soin de son enfant en situation de handicap[3329]. La situation de famille est donc entendue dans un sens large. Elle couvre l'état matrimonial et inclut également tout lien familial, comme le lien de filiation[3330]. La prohibition de ces discriminations est le pendant nécessaire du respect de libertés civiques. Le salarié/l'agent, comme toute personne a le droit de se marier, de conclure un pacs, de vivre en union libre, de divorcer, d'être célibataire, d'avoir des enfants, etc.[3331]. De ce point de vue, les mesures envisagées ont également à voir avec l'orientation sexuelle, puisque dans certains contextes, la situation de famille ou la grossesse auront une incidence sur le conjoint. Enfin, il y a lieu de rappeler que l'égalité professionnelle est un thème d'action qui fait parfois l'objet d'un traitement autonome. Dans ces conditions, les aménagements raisonnables identifiés ne sont pas exclusifs et peuvent se recouper avec des mesures tirées de normes ayant un autre objet[3332].

662. Plan – Les enseignements à tirer de ces propos liminaires permettent de mieux comprendre ce qui se joue sous le thème de l'égalité professionnelle. Les ajustements pour concilier la vie professionnelle et la vie personnelle portent directement sur les motifs du sexe et de la situation de famille (a). Quant aux aménagements en faveur de la parentalité, leur incidence sur les motifs de discrimination est bien plus large puisqu'ils concernent le sexe, la grossesse, la situation de famille et à un degré moindre, l'orientation sexuelle (b).

a – Les aménagements liés à la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle

663. Consistance – La conciliation entre le cadre professionnel et la vie privée consiste à mieux prendre en compte les responsabilités qui pèsent souvent sur les épaules des femmes – mais le principe est transposable aux hommes placés dans une situation comparable lorsque

---

[3327] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 238.
[3328] § 14 préambule, dir. n° 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* ; § 3 préambule, dir. n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général […]*, *op. cit.* V. par ex. DDD, déc. n° MLD-2013-96 du 17 mai 2013 *relative à des faits de harcèlement moral discriminatoire au retour de congé maternité et en lien avec les activités syndicales*.
[3329] CJUE, gr. ch., 17 juillet 2008, n° C-303/06, *Mme Coleman*.
[3330] V. respectivement Soc., 10 février 1999, n° 96-42.998 et Soc., 14 novembre 2000, n° 98-41.012 ; CA Colmar, 28 mars 2013, n° 11/02515.
[3331] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, *op. cit.*, p. 238-9.
[3332] V. par ex. les propositions *in* INET, *Égalité professionnelle hommes-femmes : des clés pour agir*, Cahier des élèves administrateurs territoriaux, 2013, spéc. p. 24-5.

c'est possible. Les personnes ne doivent pas être défavorisées par des habitudes de travail trop rigides. Pour cela, les employeurs s'engagent à aménager les modalités d'organisation professionnelle pour qu'elles ne constituent pas un facteur de discrimination dans la répartition des tâches et dans les perspectives de carrière. À cet égard, l'adaptation de la norme organisationnelle va clairement dans le sens d'une individualisation de la relation de travail et des carrières, avec l'idée que la lutte contre les discriminations suppose d'abandonner un modèle dominant et exclusif de réussite pour prendre en compte l'existence de conceptions multiples de parcours professionnels[3333]. Cette transformation passe par l'ajustement du quotidien des travailleurs. Toute une série de mesures et de recommandations va dans ce sens. Alors que l'anticipation d'une charge horaire trop forte est un facteur de renonciation des femmes – et plus rarement des hommes – les réunions doivent être planifiées pendant les horaires de travail et exploiter les outils technologiques permettant d'éviter autant que possible les déplacements[3334]. L'organisation des actions de formation doit prendre en compte, dans la mesure du possible, les contraintes liées à la vie personnelle, comme les horaires ou les déplacements géographiques[3335]. Certains accords professionnels invitent les employeurs de la branche à examiner la prise en charge de tout ou partie des frais de garde occasionnés aux salariés en situation de monoparentalité[3336]. Dans le même esprit, d'autres cherchent à développer des solutions nouvelles dans le domaine des services au personnel tels que des partenariats avec des crèches[3337]. Le temps partiel est également une ressource exploitée pour mieux concilier les impératifs professionnels et la vie personnelle. L'employeur doit prendre en compte la situation personnelle des salariés et les exigences du droit de mener une vie familiale normale pour ajuster ses décisions en matière de gestion du temps de travail. À défaut, des refus injustifiés de demandes légitimes ou des modes d'organisations du temps de travail, notamment pour des salariés au regard de leurs responsabilités de parents, peuvent s'analyser

---

[3333] M. BRASSEUR, « Vers une gestion de la diversité des genres. Une approche par le sentiment identitaire », *Management & Avenir*, n° 28, 2009, p. 390.

[3334] V. par ex. BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016, p. 22-3 et 35 ; INSTITUTION DE RETRAITE COMPLEMENTAIRE, *Accord relatif à la diversité et à l'égalité des chances*, 19 octobre 2015, p. 58 ; MESSIER-DOWTY, *Accord relatif à la diversité*, 18 juillet 2008, p. 9.

[3335] V. par ex. INDUSTRIE ET COMMERCE EN GROS DE VIANDES, *Convention collective nationale des entreprises de l'industrie et des commerces en gros des viandes du 20 février 1969. Accord relatif à la diversité et à l'égalité professionnelle*, 26 septembre 2019, p. 9 ; INSTITUTION DE RETRAITE COMPLEMENTAIRE, *Accord relatif à la diversité […], op. cit.*, p. 58.

[3336] V. par ex INSTITUTION DE RETRAITE COMPLEMENTAIRE, *Accord relatif à la diversité […], op. cit.*, p. 58. Sur cet aspect, M. WAGENER, « La reconnaissance de la monoparentalité comme nouvelle catégorie cible des politiques de diversité. Vers un universalisme adapté ? », *SociologieS*, 2019.

[3337] V. par ex. SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés […], op. cit.*, p. 8.

comme des discriminations en lien avec la situation de famille[3338]. Ce cas de figure se distingue des hypothèses où le temps partiel est de droit, par exemple pour une salariée ou une agente, après une naissance ou l'adoption d'un enfant[3339]. Bien qu'accommodante, cette solution ne saurait faire oublier les effets pervers de ce mode de travail. Les salariés à temps partiel ne doivent pas subir de préjudice de carrière du fait de leur moindre présence[3340]. À cet égard, les organisations s'engagent à étudier des conditions de travail partiel qui ne désavantagent pas les personnes qui font ce choix ou à leur proposer en priorité les postes à temps plein vacants[3341]. De la même manière, le télétravail est présenté comme un ajustement de la norme organisationnelle permettant de renforcer la compatibilité de l'emploi avec les impératifs personnels[3342]. L'épidémie de Covid-19 a montré les limites de cet outil sur la santé mentale des individus et les charges familiales qui pèsent sur eux, notamment sur les femmes[3343]. Il convient de rester prudent avec ce dispositif, notamment en s'assurant qu'il n'est pas réservé aux seules mères, ce qui aurait pour effet pervers d'alimenter la distribution traditionnelle des tâches domestiques, laquelle laisse aux femmes l'essentiel des charges familiales[3344]. Du reste, il ne faut pas négliger le désavantage particulier produit par le télétravail sur les salariées opérant dans certains métiers essentiels, qui en sont exclues[3345]. Enfin, lorsque la mobilité géographique fait partie du parcours professionnel, il est recommandé d'aménager les déplacements autant que faire se peut de façon à tenir compte de la situation du personnel mobile[3346]. Dans ce contexte, de grands groupes s'engagent également à proposer des conditions de reclassement favorables à un membre du personnel conduit à une mobilité géographique pour suivre son conjoint[3347].

[3338] Soc., 24 novembre 1992, n° 91-40548.
[3339] V. Art. L. 1225-47 à L. 1225-59 c. trav. ; art. 37 *bis* loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* ; art. 60 *bis* loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* ; art. 46-1 loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière*.
[3340] CA Paris, 16 juin 2015, n° 14/07296.
[3341] V. par ex. SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés […], op. cit*., p. 8 ; BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016, p. 35.
[3342] V. par ex. SAINT-GOBAIN, *Entreprises françaises du groupe Saint-Gobain […], op. cit*., p. 14.
[3343] V. par ex. M. VINCENEUX, « "Il ne sait pas ce que c'est que de gérer les enfants à la maison" : avec le Covid-19, la charge mentale pèse plus lourd sur les femmes », *France Info*, 11 mars 2021.
[3344] Comme le rappellent les juges, *in* CJCE, 19 mars 2002, n° C-476/99, *Lommers*, § 41.
[3345] M. MERCAT-BRUNS, « Les inégalités à l'épreuve de la crise sanitaire. Télétravail et discrimination indirecte fondée sur le sexe », *JCP G*, n° 10, 2021, p. 460-6. V. aussi plus largement M. PEYRONNET, « Covid-19 et égalité », *DS*, n° 7-8, 2020, p. 588-92.
[3346] V. par ex. SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés […], op. cit*., p. 6.
[3347] V. par ex. BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016, p. 20-1.

664. Appréciation – À la lecture de ces orientations, les aménagements proposés semblent surtout s'adresser aux femmes qui sont cadres, à l'instar des programmes de *coaching* ou de *mentoring* prévus pour celles qui accèdent à une position managériale[3348]. Illustration d'une tendance à l'« *égalité élitiste* »[3349], ces bonnes pratiques négligent les problèmes que rencontrent les ouvrières et employées, tels que les emplois précaires ou les horaires atypiques[3350]. Aucun aménagement n'est explicitement prévu par exemple pour éviter les plages horaires matinales ou tardives, voire fractionnées, pour le personnel d'entretien, majoritairement occupé par des femmes.

b – Les aménagements liés à la parentalité

665. Consistance – Au quotidien, la question de la parentalité se fond dans la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle. Cependant, certaines situations survenant dans la vie privée des hommes, et surtout des femmes, nécessitent une attention spécifique. Les mesures envisagées cherchent à prendre en compte les effets d'une naissance ou de l'arrivée au foyer d'un enfant dans la vie personnelle et professionnelle de leurs parents. À côté du congé de maternité[3351] ou du congé d'adoption[3352] auxquelles ces aménagements sont généralement associés, ils sont susceptibles d'être transposés à d'autres hypothèses, comme le congé d'éducation pendant lequel le parent d'un enfant cesse totalement son activité professionnelle pour l'élever[3353], le congé de présence parentale pour donner des soins à un enfant à charge en

---

[3348] V. par ex. S. POCHIC, « Quand l'égalité femmes-hommes change de camp : d'une revendication syndicale déniée à un soutien élitiste à la diversification des talents » *in* J. LAUFER, Y. L'HORTY, C. LOUVEAU et *al.* (dir.), *Colloque international du DIM GID. Genre, inégalités, discriminations*, Université Paris Diderot, 27 et 28 juin 2016.

[3349] A. JACQUEMART, F. LE MANCQ, S. POCHIC, « Femmes hautes fonctionnaires en France, l'avènement d'une égalité élitiste ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 35, 2016, p. 27-45.

[3350] M. CHARPENEL, H. DEMILLY, S. POCHIC, « Égalité négociée, égalité standardisée ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 37, 2017, p. 146.

[3351] Art. L. 1225-16 à L. 1225-28 c. trav. ; art. 34-5° loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ; art. 57 loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* ; art. 41 loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière* ; art. 2, 15, 18 décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *relatif aux agents contractuels de la fonction publique d'État* ; art. 10 à 13 décr. n° 88-145 du 15 février 1988 *relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale* ; art. 2, 13 à 17 décr. n° 91-155 *relatif aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière*.

[3352] Art. L. 1225-37 à L. 1225-46-1 c. trav. ; art. 34-5° loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 57-5° loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 41-5° loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; art. 15, 16, 19 *bis*, 28 et 32 décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; art. 10, 11, 14-1, 28 et 33 décr. n° 88-145 du 15 février 1988 *[…]*, *op. cit.* ; art. 13, 14, 18-1, 28 et 30 décr. n° 91-155 *[…]*, *op. cit.*.

[3353] Art. L. 1225-47 à L. 1225-59 c. trav. ; art. 54 loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 75 loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 64 loi n° 86-33 du 9 janvier *1986 […]*, *op. cit.* ; art. 19 décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; art. 14, 33 et 35 décr. n° 88-145 du 15 février 1988 *[…]*, *op. cit.* ; art. 18, 30 et 31 décr. n° 91-155 *relatif aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière*.

situation de handicap, accidenté ou malade[3354] ou encore le congé de solidarité familiale pour assister, sous conditions, un proche en fin de vie[3355]. Trop souvent, les congés de ce type ralentissent l'évolution professionnelle, voire marque « *la fin de* [la] *carrière* »[3356] des femmes. La salariée ne doit subir aucun ralentissement professionnel du fait d'un congé de maternité ou parental[3357], ni *a fortiori* de subir de blocage de carrière[3358] ou ne pas retrouver un emploi équivalent au retour d'un congé[3359]. Pour éviter que l'environnement de travail ne soit discriminant à l'égard de la femme enceinte, mais aussi des personnes en congés pour s'occuper d'un enfant ou d'un proche, les organisations s'emploient à sécuriser et à accompagner les parcours individuels. Les témoignages entourant le congé de maternité par exemple sont emblématiques des pressions ressenties par les femmes[3360]. Pour sécuriser cette indisponibilité avant un départ en congé de longue durée, de nombreux employeurs prévoient un entretien individuel sur le modèle de ce qui est prévu par la loi au retour de congé de maternité, pour examiner les conditions de l'indisponibilité de la personne (modalité de départ et de remplacement, maintien d'un contact professionnel, aménagements de retour, etc.)[3361]. D'autres étendent la protection assurée à la femme enceinte au-delà de ce que dispose le droit. Selon la loi, les absences occasionnées par des examens médicaux prénataux et postnataux obligatoires n'entraînent aucune diminution de la rémunération et sont assimilées à une période de travail effectif[3362]. Avec les aménagements, ces modalités sont parfois élargies aux examens supplémentaires intermédiaires de façon, là encore, à adapter le cadre de travail à la grossesse[3363]. Après un congé, les auteurs des normes traitant de la diversité semblent également soucieux d'assurer des conditions de retour à l'emploi non discriminatoires, notamment en proposant à la personne des formations spécifiques pour s'assurer que son absence ne pèsera

---

[3354] Art. L. 3142-6 à L. 3142-15 c. trav. ; art. 40 *bis* loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 60 *sexies* loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 41, 11° loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; art. 20 *bis*, 28 et 31-1 décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; art. 14-2, 27 et 28 décr. n° 88-145 du 15 février 1988 *[…]*, *op. cit.* ; art. 19-1, décr. n° 91-155 *[…]*, *op. cit.*.

[3355] Art. L. 1225-62 à L. 1225-65 c. trav. ; art. 34, 9° loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 57, 10° et 136 loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 41, 9° loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; art. 19 *ter*, décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; art. 14-3 décr. n° 88-145 du 15 février 1988 *[…]*, *op. cit.* ; art. 18-2, décr. n° 91-155 *[…]*, *op. cit.*.

[3356] C. PADYCH, « "Avec un enfant, c'est la fin de ta carrière !" », *L'Express*, 27 août 2018.

[3357] CA Paris, 5 mai 2010, n° 08/08694.

[3358] Soc., 16 décembre 2008, n° 06-45.262.

[3359] CA Paris, 3 juin 2015, n° 11/02886 ; CA Paris, 5 mai 2010, n° 08/08694.

[3360] V. par ex. C. MARRY, L. BERENI, A. JACQUEMART et *al.*, *Le plafond de verre dans les […]*, *op. cit.*, p. 19.

[3361] V. par ex. BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016, p. 27 ; SOCIETES D'AUTOROUTES, SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés […]*, *op. cit.*, p. 7 ; SAINT-GOBAIN, *Entreprises françaises du groupe Saint-Gobain […]*, *op. cit.*, p. 14-5. Cf. Art. L. 6315-1, I, al. 2 c. trav.

[3362] Art. L. 1225-16 *in fine* c. trav.

[3363] V. par ex. BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016, p. 25.

pas dans l'exercice de ses fonctions ou une journée d'absence rémunérée par semaine pendant quelques mois[3364]. L'enjeu est important, puisque la situation d'une salariée qui ne retrouve pas son emploi ou un emploi équivalent et dont les conditions de travail se dégradent à son retour de congé de maternité peut entraîner la condamnation de son employeur[3365]. L'aménagement de la parentalité concerne aussi le père ou la conjointe de la mère. Parfois sous la pression du contentieux[3366], les employeurs se sont engagés bien avant la loi nº 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe à étendre les avantages reconnus par la loi aux pères au conjoint de la mère, quel que soit son genre[3367]. Des entreprises offrent par exemple un complément de salaire aux indemnités journalières versées à la personne qui prend le congé légal de paternité et d'accueil, de façon à ce qu'elle puisse y recourir sans être lésée dans ses revenus[3368].

666. Appréciation – Avec ces aménagements, les employeurs sont incités à faire évoluer les conditions de travail dans un sens plus inclusif et donc plus attentif au phénomène discriminatoire. Cependant, ils sont aussi confrontés à des contraintes juridiques, financières et éthiques qui peuvent freiner ces ajustements. Les transformations des processus organisationnels les plus couteuses sont aussi celles qui semblent les moins fréquentes. Les organisations tendent plutôt à privilégier une approche au cas par cas, reposant principalement sur les épaules des managers et des services de ressources humaines. L'usage de l'entretien individuel comme mode d'action recommandé pour aménager l'emploi du temps de travail ou examiner des demandes individuelles témoigne de cette logique casuistique, souvent à la limite du simple acquittement d'une obligation légale et sans véritable ambition. À prendre l'exemple du congé de maternité, un entretien de retour est obligatoire et la formation proposée par les employeurs participe de l'obligation de ne pas discriminer du fait de conditions de travail dégradées au retour d'un tel congé[3369]. L'aménagement est généralement incorporé dans des dispositifs de gestion individualisée du personnel, sans véritablement remettre en cause les

---

[3364] V. par ex. *ibid*., p. 27 ; art. 3.5.3 ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019.
[3365] V. par ex. DDD, déc. MLD nº 2011-1 du 29 juin 2011 *relative à un licenciement en lien avec la grossesse et la situation de famille* ; CA Paris, 7 février 2013, nº 11/03537.
[3366] V. par ex. HALDE, délib. nº 2007-366 du 11 février 2008 *relative au caractère discriminatoire d'une convention collective qui réserve le bénéfice de congés pour événements familiaux aux seuls salariés mariés* ; Soc., 23 mai 2012, nº 10-18.341 ; CJUE, ch., 12 décembre 2013, nº C-267/12, *Hay* : *Dalloz actualité*, 7 janvier 2014, obs. M. PEYRONNET ; *RLDA*, nº 90, 2014, p. 52 com. E. MAZUYER.
[3367] V. par ex. A. EYCHENNE, « Homoparentalité : les entreprises en avance sur la loi », *L'Express*, 11 juillet 2012.
[3368] V. par ex. art. 12-3-2 FEDERATION FRANÇAISE DE L'ASSURANCE, *Accord Mixité-diversité et Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les sociétés d'assurances*, 2 octobre 2020.
[3369] Art. L. 6315-1, I, *in fine* c. trav. ; CA Paris, 7 février 2013, nº 11/03537.

éventuels biais discriminants ou sexistes des normes de management[3370]. Ainsi, si les divers aménagements susceptibles d'améliorer l'articulation de la parentalité au milieu professionnel peuvent contribuer à limiter les discriminations, ils peuvent aussi enfermer les individus, spécialement les femmes, dans un rôle domestique. Il convient donc d'aborder ces aménagements avec nuances, c'est-à-dire comme des outils complémentaires à la législation sur la protection de la santé et de la sécurité des femmes, en prenant garde à ne pas les enfermer dans des positions stéréotypées, à l'instar des précautions que prennent les institutions européennes en matière de législation sur l'équilibre entre vie professionnelle et personnelle[3371].

2 – Les motifs aménagés au prisme de l'insertion professionnelle et du maintien dans l'emploi

667. Position du problème – Plan – Le thème de l'emploi est entendu comme un objectif gestionnaire qui a pour spécificité de réunir la question du personnel en seconde partie de carrière et celle des travailleurs en situation de handicap. Avec les normes relatives à la diversité, l'aménagement raisonnable est considéré comme un moyen de gérer l'emploi de ces deux catégories de personnes. Les enjeux de ces accommodements se cristallisent sur l'insertion professionnelle des personnes en situation de handicap, mais aussi autour d'un objectif partagé avec les seniors de maintien dans l'emploi. L'adaptation d'un milieu professionnel conçu pour une majorité dans la fleur de l'âge et sans incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles doit permettre d'éviter qu'elles soient discriminées en raison de leur âge (a) et de leur situation de handicap (b). Ce type de mesure s'avère nécessaire pour contrer les discriminations indirectes nichées dans les normes qui régissent l'activité professionnelle des individus entrés depuis longtemps sur le marché du travail ou en situation de handicap. Cependant, le parallèle que font les auteurs des normes portant sur la diversité entre les seniors et les personnes en situation de handicap en les appréhendant au prisme d'une même problématique est discutable. Malgré les efforts entrepris pour déconstruire les stéréotypes et les préjugés liés à l'âge mûr, l'âge semble encore trop souvent systématiquement associé dans le milieu professionnel à une incapacité, à une inaptitude réductrices.

[3370] V. M. CHARPENEL, H. DEMILLY, S. POCHIC, « Égalité négociée, égalité standardisée ? », *op. cit.*, p. 145.

[3371] V. par ex. dir. nº (UE) 2019/1158 *du PE et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil* ; CJUE, ch., 18 novembre 2020, nº C-463/19, *Syndicat CFTC du personnel de la CPAM de Moselle c. CPAM de Moselle* : *RDT*, nº 2, 2021, p. 108 com. M. MERCAT-BRUNS.

a – Les aménagements liés à l'âge

668. Position du problème – La question de l'âge se résume bien souvent à tenir compte de ce critère d'identification de l'état civil pour accorder des droits nouveaux à des individus, comme c'est le cas pour les jeunes qui connaissent des conditions d'insertion professionnelle difficiles, ou à mettre en œuvre des politiques de gestion de la main-d'œuvre en seconde partie de carrière[3372]. Pourtant, l'âge figure parmi les discriminations récurrentes et persistantes sur le marché du travail[3373]. Ce risque de discrimination a de nombreux effets qui dépassent la simple discrimination intentionnelle. Bien souvent, il s'agira de discriminations systémiques produites par l'imbrication de discriminations directes et indirectes[3374]. Ces discriminations sont subtiles et complexes à appréhender, donc plus difficiles à combattre. La discrimination associée aux seniors par exemple, qui est aussi celle qui est couramment considérée, peut se concrétiser à travers des normes d'évaluation de l'emploi qui ne sont pas toujours adaptées aux fins de carrière (valorisation des performances et de l'apparence physique, des rythmes de travail soutenus ou de la forte disponibilité)[3375]. De même, les normes d'organisation du travail, comme la pénibilité, désavantagent ces personnes. Quelques normes relatives à la diversité prévoient timidement la possibilité de modifier le fonctionnement du travail en s'inspirant de la notion d'aménagement raisonnable. L'idée est d'améliorer le cadre dans lequel la différence basée sur l'âge se manifeste en prévoyant des adaptations de l'environnement professionnel des seniors. Dans ce cadre, les organisations se concentrent surtout sur le maintien dans l'emploi du personnel en seconde partie de carrière[3376]. Les politiques de gestion de la main-d'œuvre évoquées précédemment, en particulier les incitations législatives sur la GPEC, semblent déterminantes ici[3377]. D'ailleurs, le terme « senior » fréquemment employé dans ce contexte illustre bien l'accent mis sur l'ancienneté et l'expérience dans l'organisation. À nouveau, la lutte contre les discriminations est intégrée par le management. Dans un contexte ou le mot d'ordre est à l'allongement de la vie professionnelle plutôt qu'aux départs anticipés, l'âge pivot

---

[3372] Sur les mesures d'insertion professionnelle, v. *supra* not. § 424.
[3373] Dans l'emploi public, v. par ex. DGAFP, *Rapport relatif à la lutte contre les […]*, 2019, p. 196.
[3374] M. MERCAT-BRUNS, « Les rapports entre vieillissement et discrimination en droit : une fertilisation croisée utile sur le plan individuel et collectif », *LRDH*, n° 17, 2020, § 38. V. par ex. l'âge *supra* § 363 et suiv.
[3375] *Ibid*., § 30.
[3376] V. CARADEC, C. LEFRANÇOIS, A. POLI, « Quand la discrimination et la diversité se déclinent selon l'âge : émergence, appropriations, ambivalences », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 127, 2009, p. 241. V. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015, p. 5.
[3377] V. par ex. S. NDOYE, *Du contrat de génération au management intergénérationnel*, AFMD, 2015. Il est possible de penser à l'art. L. 2241-12 (GPEC) c. trav.., mais aussi aux anc. art. L. 2241-4 (négociation obligatoire sur l'emploi des salariés âgés) et art. L. 5121-10 et suiv. c. trav. (contrat de génération) suppr. par l'art. 9 de l'ord. n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.*

du senior se situe généralement autour de 50-55 ans, mais il est inférieur dans certains grands groupes[3378]. Le maintien dans l'emploi implique des aménagements destinés à développer les possibilités d'évolutions de carrière, de permanence de l'emploi, d'accès à la formation et à la mobilité professionnelle. Cet objectif entre en résonnance avec les prescriptions du Conseil de l'Union européenne, pour qui « *l'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour* […] *encourager la diversité dans l'emploi* »[3379]. Les normes sur la diversité dédiées à cette fin sont assez homogènes, puisqu'elles se concentrent essentiellement sur deux axes.

669. Consistance – En premier lieu, les organisations s'appliquent à maintenir la formation tout au long de la vie professionnelle, à optimiser la gestion des parcours professionnels et à encourager la reconnaissance des acquis de l'expérience. Pour ce faire, elles exploitent les leviers fournis par la loi, comme l'entretien professionnel obligatoire, le compte personnel de formation ou le dispositif de reconversion ou promotion par alternance dit Pro-A, qu'elles complètent utilement[3380]. À titre d'illustration, une entreprise peut mettre en place les pratiques suivantes. Elle peut profiter de l'entretien professionnel pour faire le point avec le salarié sur ses prétentions salariales, ses attentes et ses perspectives de carrière de façon à définir les aménagements possibles pour tenir compte de sa situation. Elle peut aussi définir un seuil d'âge au-delà duquel elle proposera systématiquement un bilan de compétences dont elle assumera le coût. Le cas échéant, ce diagnostic de l'employabilité du salarié pourra déboucher sur des formations destinées à étoffer ses aptitudes. Pour répondre au besoin de compétences face à la transformation des métiers, l'employeur peut aussi donner la priorité à l'accès à la formation par alternance aux membres du personnel peu ou non qualifiés de plus d'un certain âge[3381].

670. En second lieu, les organisations s'intéressent à l'amélioration et à l'aménagement des conditions de travail des seniors. Cette dimension est importante pour éviter que des normes ou des pratiques générales ne discriminent les travailleurs entrés depuis longtemps sur le marché du travail, compte tenu des effets du vieillissement, des exigences de compétitivité et des transformations technologiques. Par exemple, l'aménagement des conditions de travail présente l'avantage de prévenir et de réduire la pénibilité des tâches et donc la dépréciation des fonctions.

[3378] C. ATTALI, « La gestion de la diversité au sein des organisations », *Centre de Ressources en Économie-Gestion*, Académie de Versailles, 2013.
[3379] § 25 préambule, dir. nº 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un […], op. cit.*
[3380] Art. L. 6315-1 (entretiens professionnels obligatoires), art. L. 6321-1 et suiv. (compte personnel de formation), art. L. 6324-1 et suiv. (reconversion ou promotion par alternance dit Pro-A).
[3381] V. par ex. SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés […], op. cit.*, p. 10.

L'objectif est d'améliorer la compatibilité entre les exigences de l'emploi et l'évolution des capacités de la personne qui l'occupe. À cette fin, des aménagements matériels relatifs à la pénibilité des tâches et des postes ou des principes organisationnels, comme des horaires adaptés, permettent de tenir compte de l'âge du salarié[3382]. Pour optimiser le déclenchement de ce type de mesure, certaines entreprises s'engagent à réaliser l'entretien professionnel obligatoire avec leur personnel senior tous les ans et non tous les deux ans comme le prévoit la loi. Elles justifient cette pratique pour anticiper ou prévenir les problèmes liés à l'âge et valoriser l'expertise et l'expérience acquises[3383].

671. Appréciation – Les dispositifs annoncés n'apparaissent pas réellement novateurs. Le dépassement des obligations légales est relatif. Ces pratiques donnent le sentiment de manquer d'ambition et de se trouver très souvent à la croisée de la qualité de vie au travail. Il faut dire que si la technique de l'aménagement raisonnable est exploitée en matière de lutte contre les discriminations liées à l'âge, les employeurs semblent surtout s'intéresser à la contribution des seniors à l'intégration des plus jeunes dans le cadre de la GPEC[3384]. Pour dépasser cette vision inachevée de la discrimination liée à l'âge, M. Mercat-Bruns propose de prendre en compte le vieillissement de la personne comme une grille de lecture des discriminations allant au-delà des critères de l'âge, du handicap et même du sexe[3385]. De ce point de vue, le caractère universel du vieillissement invite à repenser plus profondément l'organisation de la société et pas seulement de l'environnement de travail, pour combattre les discriminations systémiques[3386]. Dans ces conditions, la piste des aménagements raisonnables entrouverte dans les normes relatives à la diversité apparaîtrait d'autant plus intéressante pour lutter contre ces phénomènes[3387].

b – Les aménagements liés au handicap

672. Position du problème – Selon la loi, « *constitue un handicap* […] *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*

[3382] V. par ex. *Ibid*.
[3383] Art. 4.3 ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019.
[3384] V. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit*., p. 5.
[3385] M. MERCAT-BRUNS, « Les rapports entre vieillissement et discrimination en droit […] », *op. cit.*, § 14.
[3386] *Ibid*., § 32.
[3387] Dans le même sens à propos des aménagements, v. par ex. *ibid*., § 30.

d'un trouble de santé invalidant »[3388]. Cette définition est à articuler avec les textes internationaux et européens et avec la jurisprudence européenne rendue en application de la CIDPH[3389]. Cette convention a fait évoluer le concept de handicap d'un modèle médical traditionnel qui met l'accent sur un problème de la personne – comme le fait encore la définition française – à un modèle social, qui insiste sur son environnement. Les personnes handicapées y sont définies comme « *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* »[3390]. Les aménagements raisonnables découlent donc directement de cette approche du handicap. À la différence de l'âge ou de l'égalité professionnelle, ce motif de discrimination est le seul pour lequel il existe une obligation légale d'aménager[3391]. Le refus de prendre des mesures ou le défaut d'agir, peut être constitutif d'une discrimination[3392]. Par conséquent, lorsque les organisations mettent en place des pratiques d'aménagement, elles ne font que se conformer à une obligation de moyen renforcée. Cela dit, malgré l'existence de cette obligation légale, les normes relatives à la diversité ne sont pas pour autant réduites à l'inanité. Elles entrent dans le cas de figure dégagé par le Conseil d'État, en accompagnant la mise en œuvre du droit dur[3393]. Les dispositifs volontaires contribuent à diffuser la loi et à la rendre plus opérationnelle, par des solutions concrètes, plus proches du quotidien des employeurs ce qui justifie de s'y intéresser ici. Une grande variété de mesures peut être envisagée pour prendre en compte l'hétérogénéité des formes de handicap, la seule contrainte imposée par la loi à l'employeur étant de répondre aux besoins du travailleur. De manière générale, les aménagements raisonnables ont pour but de pallier les effets défavorables que pourraient avoir une disposition, un critère ou une pratique à l'égard des travailleurs en situation de handicap, faute d'intégrer d'emblée la prise en compte de leurs besoins spécifiques. Ainsi, les mesures adoptées doivent être systématiquement ajustées *in concreto* en tenant compte d'une part des capacités de la personne en situation de handicap concernée, eu égard à son degré d'autonomie, son expérience professionnelle, son niveau de formation et d'autre part des exigences et

---

[3388] Art. L. 114-1 c. action sociale et des familles.
[3389] V. not. CJUE, ch., 11 avril 2013, n° C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*.
[3390] Art. 1er, al. 2, Conv. internationale relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006.
[3391] De manière générale sur cette question v. L. JOLY, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 229-327.
[3392] Art. L. 5213-6 *in fine* c. trav. ; v. par ex. Soc., 3 juin 2020, n° 18-21.993 : *RDT*, n° 9, 2020, p. 544 com. M. MERCAT-BRUNS.
[3393] CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 97.

contraintes liées à la nature des tâches inhérentes au poste de travail, à l'environnement d'emploi et aux caractéristiques propres à l'organisation[3394]. Le champ d'application de cette obligation est très large, puisqu'il concerne tant l'insertion professionnelle que le maintien dans l'emploi, c'est-à-dire l'ensemble des actions permettant à une personne de continuer à exercer de manière durable une activité professionnelle adaptée à son handicap[3395].

673. Consistance – Les normes relatives à la diversité peuvent s'inspirer des orientations proposées par la directive 2000/78[3396]. Le plus souvent, l'aménagement supposera d'abord d'adapter la norme organisationnelle. À ce titre, l'employeur doit mettre en place des procédures de recrutement et d'intégration spécifiques pour s'adapter au handicap, à condition que la personne accepte de révéler qu'elle est dans cette situation[3397]. Dans la fonction publique, l'aménagement des concours est explicitement prévu par les textes[3398]. Sur le modèle de ce qui se fait dans les administrations, des recommandations invitent à prévoir un interprète en langue des signes pour la journée de recrutement par exemple[3399]. Dans le même ordre d'idées, certains employeurs consacrent explicitement dans une norme la possibilité ouverte aux travailleurs en situation de handicap de demander une individualisation de leurs horaires et de leurs rythmes de travail, ainsi que de leurs conditions d'emploi, pour faciliter leur accès au travail et leur maintien dans l'emploi[3400]. Certaines organisations s'engagent à garantir l'accès de tous à l'information interne par le biais de supports de communication accessibles aux personnes malvoyantes ou malentendantes[3401]. Un autre point important est la gestion des carrières. Trop souvent, le travailleur en situation de handicap occupe le même poste tout au long de sa vie professionnelle. Or, le respect du principe d'égalité de traitement implique qu'il ait accès à toutes les étapes de la promotion professionnelle, le cas échéant avec des aménagements pour tenir compte de son handicap : accès à la formation, entretien annuel d'appréciation, mobilité

[3394] DDD, *Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable*, 2017, p. 55.
[3395] C. NASCHBERGER, D. BELLION, *Comment gérer l'emploi des personnes en situation de handicap ?*, AFMD, 2010, p. 49.
[3396] § 20 préambule, dir. nº 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*.
[3397] Soc., 21 septembre 2005, nº 03-44.855.
[3398] Art. 27 loi nº 84-16 du 11 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 35 loi nº 84-53 du 26 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 27 loi nº 86-33 du 9 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; T. DUMORTIER, « Les aménagements raisonnables devant le juge administratif » *in* T. GRÜNDLER, T. DUMORTIER, *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, ARDIS, 2016, p. 87-95.
[3399] C. NASCHBERGER, D. BELLION, *Comment gérer l'emploi des personnes […]*, *op. cit.*, p. 48 ; M. BOUDIBA, « Nancy : un jeune sourd dénonce ses difficultés à trouver un emploi dans une vidéo postée sur les réseaux sociaux », *France Info*, 4 mars 2021.
[3400] V. Par ex. SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés […]*, *op. cit.*, p. 9.
[3401] V. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit.*, p. 17.

et gestion de carrière, augmentation salariale, etc. Dans ce cas de figure, le Conseil d'État a jugé qu'il appartenait à l'administration de tenir compte du handicap d'un magistrat, tant pour déterminer le volume et la nature des tâches qui lui sont assignées que pour apprécier, au vu des objectifs ainsi définis par rapport à ses capacités, sa contribution au bon fonctionnement de l'institution judiciaire[3402]. Par conséquent, les employeurs doivent accorder une grande vigilance à la situation professionnelle des travailleurs en situation de handicap. Pour ce faire, certains d'entre eux mettent en place un dispositif volontaire d'entretien sur le modèle des entretiens professionnels avec une équipe dédiée au handicap, afin d'examiner la situation des travailleurs et faciliter le bon déroulement de leur carrière[3403]. Pour assurer le maintien dans l'emploi, des mesures matérielles peuvent s'avérer indispensables de manière à améliorer la santé physique et psychologique et la sécurité au travail. Ces aménagements sont essentiels et leur absence pourra relever de la discrimination ou du harcèlement moral[3404]. Dans ce cadre, les normes relatives à la diversité insistent sur l'obligation d'adapter les infrastructures et les équipements, individuels ou collectifs[3405]. Des orientations sont prévues pour aiguiller les employeurs vers les interlocuteurs désignés par la loi et leur proposer des pistes qu'ils pourront ensuite adapter à la situation de leur personnel[3406]. Parfois, un reclassement sera nécessaire lorsqu'un travailleur n'est plus en mesure d'occuper son poste d'origine[3407]. Afin de se mettre en conformité avec cette obligation, des normes prennent soin de rappeler la nécessité d'accompagner ce reclassement par des formations de reconversion[3408]. Enfin, le principe des aménagements raisonnables en matière de handicap se traduit aussi par de nombreuses actions partenariales et concertées. Il va de soi que le travailleur doit être associé à un réseau professionnel, comprenant notamment les médecins du travail et du comité social et

---

[3402] CE, ssr., 11 juillet 2012, n° 347703.
[3403] C. NASCHBERGER, D. BELLION, *Comment gérer l'emploi des personnes en situation […]*, *op. cit*., p. 61.
[3404] V. par ex. L. P. M'BAYE, « Handicap et discriminations dans l'accès à l'emploi : un testing dans les établissements culturels », *TEPP*, n° 2018-04, 2018, p. 1-23 ; J. PIERRON, « Procès pour discrimination : "mon histoire, toute personne en situation de handicap l'a déjà vécue" », *France Inter*, 4 mars 2021 ; CE, ass., 22 octobre 2010, n° 301572, *Mme B* ; Soc., 28 janvier 2010, n° 08-42.616.
[3405] V. par ex. SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers du 27 juin 2006. Accord relatif à la diversité et à l'égalité des chances*, 19 avril 2018, p. 9 ; ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE, *Accord pour la non-discrimination, l'égalité de traitement et la diversité dans le cadre des activités de mise à l'emploi des entreprises de travail temporaire*, 6 juillet 2007, p. 7.
[3406] C. NASCHBERGER, D. BELLION, *Comment gérer l'emploi des personnes en situation […]*, *op. cit*., p. 51-3.
[3407] Art. L. 1226-2 c. trav. ; art. 63 loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 81-6 loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *[…]*, *op. cit.* ; art. 71-6 loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 *[…]*, *op. cit.* ; art. 17, 3° décr. n° 86-83 du 17 janvier 1986 *relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État*.
[3408] A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014, p. 60.

économique, pour définir, évaluer et le cas échéant, faire évoluer ces mesures[3409]. À cet égard, l'employeur qui refuse de suivre les préconisations du médecin du travail pour aménager le poste d'un salarié reconnu travailleur en situation de handicap manque à son obligation de sécurité[3410]. Les concepteurs des normes relatives à la diversité recommandent à leurs destinataires d'accompagner le travailleur dans la réalisation des démarches administratives pour faciliter la reconnaissance par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées[3411]. De même, elles invitent l'employeur à conclure des partenariats avec des associations spécialisées pour mettre en œuvre ces aménagements. Il pourra par exemple décider de publier systématiquement toutes ses offres d'emploi auprès d'un partenaire agréé (Agefiph, Fiphfp, Cap emploi, etc.), former une partie de son personnel à l'apprentissage de la langue des signes ou bien proposer des formations qualifiantes à son personnel en situation de handicap en partenariat avec le système éducatif[3412].

674. Limites – Au regard de ce qui précède, il est assez étonnant de constater que l'état de santé n'est pas vraiment abordé sous l'angle des aménagements raisonnables dans les normes relatives sur la diversité, alors qu'il figure aussi parmi les motifs de discrimination. Les personnes dont la santé est dégradée par la maladie pourraient profiter de tels aménagements sans avoir été reconnues comme travailleuses en situation de handicap par l'administration[3413]. En droit, la situation de handicap et l'état de santé détérioré peuvent fonder des différences de traitement entre travailleurs[3414]. Dans une telle situation, la CJUE a jugé que la personne dont l'état de santé est détérioré pouvait bénéficier d'une réduction de temps de travail[3415]. En revanche, un critère discriminatoire tel que la perte d'autonomie est moins pertinent, puisqu'il vise plutôt le vieillissement à travers la lutte contre les discriminations dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes ou dans les services d'aide et

[3409] V. not. art. L. 4624-1 et suiv. c. trav.
[3410] CPH Saint-Denis, 28 juillet 2017, RG n° F 15/0246.
[3411] V. par ex. SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers du 27 juin 2006. Accord relatif à la diversité et à l'égalité des chances*, 19 avril 2018, p. 9 ; DGAFP, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations […]*, *op. cit.*, p. 72.
[3412] V. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit.*, p. 6 ; A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014, p. 60.
[3413] M. MINE, « Le droit de la discrimination, ses dimensions européenne et internationale et sa mobilisation » *in* M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit - Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 33.
[3414] F. HEAS, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », *JCP S*, n° 24, 2011, p. 19-24.
[3415] CJUE, ch., 11 avril 2013, n° C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*.

d'accompagnement à domicile[3416]. Il n'est pas exclu qu'en pratique, quelques employeurs accommodent autant que faire se peut la situation de la personne dont l'état de santé est affecté, sur le modèle de ce qui est promu pour d'autres motifs dans les normes portant sur la diversité[3417]. Cependant que ces recommandations restent généralement mutiques sur le sujet, il y a là une occasion manquée d'aller « *au-delà des obligations juridiques qui* […] *incombent* »[3418] aux employeurs. Dans ce cadre, les aménagements raisonnables auraient un intérêt pour lutter contre un type de discrimination fréquemment retenu par les juridictions en matière d'inégalité de rémunération[3419], d'autorisation d'absence[3420], de harcèlement[3421] ou de refus de promotion[3422]. En effet, la maladie durable ou incurable entraîne des limitations de toutes sortes pouvant être assimilées au handicap. Dans ce type de cas de figure, il paraît logique que l'individu puisse bénéficier d'aménagements. Cela va dans le sens de l'obligation pour l'employeur de préserver la santé de la personne au travail en application d'un principe général de prévention inscrit dans le Code du travail, selon lequel il doit « *adapter le travail à l'homme* »[3423]. Il ne peut exploiter les compétences et les capacités de travail de son capital humain en ignorant les attentes légitimes du travailleur titulaire au regard de son état de santé. Cette zone blanche interroge le modèle culturel de la collectivité de travail. Des aménagements raisonnables sont alors à imaginer et à mettre en œuvre[3424]. Cependant, comme le rappellent des auteurs, il importe de ne pas banaliser le handicap en reconnaissant un statut professionnel protecteur à trop de personnes malades, au risque que les aménagements deviennent contreproductifs et remettent en cause la sécurité juridique des personnes et des employeurs[3425].

[3416] Sur ce critère, J. –M. PASTOR, « La perte d'autonomie, nouveau critère de discrimination », *Dalloz actualité*, 18 septembre 2015 ; M. MERCAT-BRUNS, « Lutte contre les discriminations : nouveau critère tiré de la perte d'autonomie », *D.*, n° 34, 2015, p. 1957.

[3417] Pour un aperçu, v. par ex. C. PEZERIL, « Paradoxe de la lutte contre les discriminations : la question de la visibilité des personnes séropositives », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 31-44.

[3418] Com. n° COM/2011/0681 final de la Commission au PE, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions du 25 octobre 2011 *sur la responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, § 1.

[3419] Soc., 7 février 2006, n° 04-45.733.

[3420] Soc., 3 juillet 2001, n° 99-41.738.

[3421] CPH Besançon, 20 janvier 2015, n° F 13/00341.

[3422] CAA Bordeaux, 1er décembre 1997, n° 95BX00498.

[3423] Art. L. 4121-2-4° c. trav. L'adaptation à la « personne » plutôt qu'à « l'homme » serait plus juste.

[3424] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 379.

[3425] H. RIAL, J. CHARRUAU, « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSS*, n° 5, 2013, p. 843-58.

B – Les motifs de discrimination négligés

675. Position du problème – Plan – Certains motifs de discriminations sont peu ou pas exploités sous l'angle des aménagements raisonnables. Il est possible d'avancer plusieurs explications à cela. D'abord, certains critères se prêtent mal à des accommodements. Il n'est pas évident d'imaginer quelle mesure concrète mettre en œuvre pour adapter l'environnement professionnel à la domiciliation bancaire, à la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique ou aux caractéristiques génétiques par exemple[3426]. Ensuite, d'autres aménagements seraient impossibles à mettre en œuvre en droit, tels que des dispositifs fondés sur la « race » ou l'ethnie. Ils se heurteraient à une forte hostilité du système juridique sans être contrebalancés par l'existence d'une liberté fondamentale qui viendrait justifier objectivement de leur intérêt pour assurer son exercice, comme peut l'être la religion. En outre, ils ne seraient pas forcément aisés à concrétiser. D'autres critères sont connexes, comme le nom de famille, mais leur intérêt apparaît moindre dans ce contexte. Enfin, certains motifs de discrimination comme la nationalité, la religion, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre constituent des sujets sensibles qui peuvent susciter des réserves de la part des employeurs. Les risques de faire naître un sentiment d'injustice et de créer des divisions ont été avancés par les spécialistes de la gestion des ressources humaines pour justifier le faible investissement de ces critères[3427]. À bien des égards, ces réserves semblent aussi refléter les malaises et les crispations de la société. Le fait religieux fait l'objet d'une actualité juridique soutenue ces dernières années, souvent débattue. Les tensions qui l'entourent résonnent avec les controverses québécoises sur les accommodements raisonnables en matière de religion. Cette situation justifie de s'intéresser un peu plus longuement au motif de la religion (2) et de distinguer cet aspect de la prise en compte de la nationalité ou de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre par des aménagements raisonnables (1).

1 – La nationalité, l'orientation sexuelle et l'identité de genre

676. La nationalité – La libre circulation constitue pour les travailleurs et leur famille un droit fondamental, lié à la construction européenne. La libre circulation doit être assurée à l'intérieur de l'Union par les États membres. Ce droit implique que la nationalité du travailleur

[3426] Art. L. 1132-1 c. trav.
[3427] V. par ex. C. CINTAS, E. VATTEVILLE, « La GRH confrontée à la diversité », *Économie et sociétés. Série KC, Etudes critiques en management*, 2012, p. 19-20.

ne doit pas servir de fondement à une discrimination[3428]. Par conséquent, il ne doit subir aucune discrimination directe ou indirecte, notamment dans les conditions d'emploi et de travail[3429], ainsi que dans le bénéfice d'avantages liés[3430] ou en matière de rémunération[3431]. En dépit de ces garanties, peu d'aménagements sont envisagés pour traiter des questions de l'emploi et des carrières des personnes ayant immigré, alors qu'elles peuvent être parallèlement victimes de discriminations[3432]. Quelques organisations traitent de la maîtrise de la langue et abordent la lutte contre l'illettrisme, comme les y autorise la loi[3433], ce qui peut être nécessaire, mais aussi renouer avec une logique d'assimilation analysant l'intégration en termes de handicap[3434]. Certaines entités indiquent veiller au recrutement de cadres étrangers et former les salariés amenés à travailler hors de leur pays d'origine à la compréhension de leur environnement culturel[3435]. D'autres favorisent l'internationalisation des cadres en faveur des ressortissants locaux, lorsque le groupe est implanté à l'étranger[3436]. Dans tous les cas, les auteurs des normes portant sur la diversité ne semblent pas prévoir d'aménagements significatifs concernant la nationalité.

677. L'orientation sexuelle et l'identité de genre – Le droit national et le droit européen ne précisent pas ce qu'est l'orientation sexuelle. Il faut se tourner vers le droit international pour en trouver une définition, comprise « *comme faisant référence à la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus* »[3437]. Elle concerne l'hétérosexualité, l'homosexualité et la bisexualité. L'identité de genre est au cœur de la relation entre le sexe biologique et le genre social. Des personnes ne se reconnaissent pas ou pas entièrement, dans le sexe auquel elles appartiennent biologiquement. Elles construisent une identité de genre ne correspondant pas à leur identité juridique fondée sur leur sexe biologique, notamment sur le plan de leur apparence physique.

[3428] DDD, n° 2019-108 du 19 avril 2019 *relative à la situation de 25 travailleurs en situation irrégulière s'estimant victimes de traitements discriminatoires de la part de leur employeur, une entreprise du secteur du bâtiment, en raison de leur origine et de leur nationalité*.
[3429] Jurisprudence constante depuis CJCE, 15 octobre 1969, n° C-15/69, *Ugliola.*
[3430] CJCE, ch., 23 mai 1996, n° C-237/94, *John O'Flynn*.
[3431] Art. L. 1261-1 et L. 1265-1. c. trav. : CJUE, ch., 12 février 2015, n° 396/13.
[3432] A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, 2014, p. 67-8.
[3433] Art. L. 6111-2 et 321-1 c. trav.
[3434] V. par ex. SAINT-GOBAIN, *Entreprises françaises du groupe Saint-Gobain […]*, *op. cit*., p. 8.
[3435] A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, 2014, p. 67-8.
[3436] V. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit*., p. 20.
[3437] § 4, Principes de Jogjakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 26 mars 2007.

La perception sociale du comportement attendu d'un homme ou d'une femme, le respect de normes de comportement attachées à un sexe peuvent ici nourrir la discrimination liée à l'identité de genre en particulier au regard de l'apparence physique et du choix de vie au quotidien[3438]. Au regard de cette identité, certaines personnes souhaitent un traitement médical et, le cas échéant, chirurgical, pour mettre leur sexe biologique et leur état civil en conformité avec leur identité personnelle. Les discriminations fondées sur l'identité de genre désignent les traitements défavorables et le harcèlement auxquels une personne se heurte en raison de cette identité sociale.

678. De manière générale, la thématique LGBT+ est rarement traitée dans les normes portant sur la diversité. La situation peut s'expliquer par des résistances, les employeurs y voyant une intrusion dans la vie privée. De plus, l'homosexualité est tolérée de manière très différente d'un pays à l'autre, ce qui peut contribuer à un désintérêt pour le sujet dans les entreprises internationales[3439]. Le respect de la vie privée de la personne concernée implique qu'elle est la seule à pouvoir décider de révéler son orientation sexuelle ou son changement de sexe. L'employeur qui en aurait connaissance doit donc garder la confidentialité. Néanmoins, son silence peut renforcer les processus de domination au travail[3440]. L'assignation implicite à l'invisibilité peut être très préjudiciable pour les personnes concernées, puisque finalement seuls les individus hétérosexuels se sentent libres de parler de leur vie privée. Une forte proportion de personnes LGBT+ rapportent se censurer avec la peur de conséquences négatives sur les relations de travail et la carrière[3441]. En outre, certaines d'entre elles peuvent être victimes d'un cumul de discriminations (être une femme lesbienne par exemple). Dans ce contexte, certaines organisations souhaitent créer un environnement plus inclusif et agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi, comme le recommande le Défendeur des droits notamment[3442]. L'enjeu est de garantir que les personnes qui le souhaitent puissent dévoiler cet aspect de leur vie privée sans encourir de risque de discrimination à l'embauche, à une promotion, dans l'évolution générale de leur carrière ou

[3438] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 493-4 ; Cons. const., 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, § 89.
[3439] A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014, p. 72.
[3440] C. FALCOZ, A. BECUWE, « La gestion des minorités discréditables : le cas de l'orientation sexuelle », *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, p. 69-89.
[3441] DDD, *Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi*, 2017, p. 17.
[3442] *Ibid.*

dans tout autre contexte protégé[3443]. En particulier, les personnes LGBT+ ne doivent pas subir de harcèlement discriminatoire[3444]. L'employeur a une obligation de résultat de prévenir ce phénomène. Son inertie, malgré les alertes des représentants du personnel et de la médecine du travail, emporte la violation de cette obligation[3445]. Néanmoins, il peut s'en dégager dans certaines circonstances très particulières. En effet, la Cour de cassation a considéré que l'employeur ne méconnaît pas son obligation de protection de la santé des salariés, notamment en matière de harcèlement, s'il justifie avoir pris toutes les mesures de prévention en termes de formation et d'information du personnel, s'il a mis en place une organisation et des moyens adaptés, ainsi que des dispositions immédiates propres à faire cesser le harcèlement dès qu'il a été informé de son existence[3446]. Plus récemment, le juge a reconnu que l'employeur devait répondre des agissements des personnes qui, exerçant de fait ou de droit une autorité sur ses salariés, ont eu une attitude de harcèlement discriminatoire envers eux. En conséquence, il est responsable de la faute d'un tiers à la relation de travail s'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour assurer l'obligation de sécurité des personnes qu'il emploie[3447]. En vertu de la théorie des apparences dégagée dans la jurisprudence *Accept*[3448], le juge pourra aller jusqu'à apprécier un faisceau d'indices, parmi lesquels la perception du public ou celle des milieux concernés, sur la manière dont un employeur a réagi à des propos discriminatoires (de manière formelle par des démentis ou en acte, par l'engagement ou la rupture, etc.). Autrement dit, la simple existence de ces allégations n'exclut pas la possibilité que ce type de faits laissent présumer l'existence d'une discrimination, même si aucune procédure de gestion des ressources humaines (recrutement, promotion, etc.) n'est en cours à ce moment-là. L'arrêt est d'autant plus important que le comportement de l'employeur est apprécié au regard de la taille de la structure. Par conséquent, « *en cas de procès en discrimination, le comportement de l'ensemble de la "galaxie dirigeante" au sens large pourrait être passé au peigne fin* »[3449] (organes exécutifs complexes, tutelle, etc.), avec cette seule limite que le responsable ne saurait aller jusqu'à rapporter des preuves portant atteinte au secret de la vie privée. Il lui sera donc impossible de

[3443] V. respectivement DDD, déc. n° MLD-2013-203 du 4 novembre 2013 *relative à une rupture de promesse d'embauche en lien avec l'identité sexuelle* et CPH Tours, 4 juin 2015, n° 14/00448 ; Soc., 24 avril 2013, n° 11-15.204 ; CA Paris, 22 septembre 2016, n° 14/07337.
[3444] DDD, déc. n° MLD-2014-049 du 7 janvier 2015 *relative à des faits de harcèlement moral en lien avec l'orientation sexuelle d'une gardienne de la paix au sein d'un commissariat*.
[3445] CA Paris, 16 février 2021, n° 18/07045.
[3446] Soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702.
[3447] Soc., 30 janvier 2019, n° 17-28.905.
[3448] CJUE, ch., 25 avril 2013, n° C-81/12, *Accept*, not. § 48-53.
[3449] M. AUBERT, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, n° 20, 2013, p. 1154-65.

se défendre en démontrant, par exemple, l'existence d'une diversité des orientations sexuelles au sein de son effectif[3450]. Dans ce cadre exigeant, les employeurs ont donc tout intérêt à créer un climat inclusif pour les personnes LGBT+, ce qui passe notamment par des aménagements.

679. Si la plupart du temps les questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre sont surtout traitées à travers le volet sensibilisation des normes relatives à la diversité[3451], certaines organisations se sont lancées dans des aménagements raisonnables. Ceux-ci consistent par exemple à renouveler le vocabulaire des *process*, en utilisant un langage approprié pour ne pas exclure les personnes LGBT+[3452]. Les guides de bonnes pratiques recommandent d'instaurer un dialogue entre l'employeur et les personnes LGBT+ ou leurs représentants. Il s'agira par exemple de définir en commun des modalités de travail satisfaisantes en fonction des situations : arrêt de travail en raison d'une intervention chirurgicale, modifications administratives (utilisation du nouveau titre de civilité ou prénom dans les supports), usage des espaces sexués (vestiaires, sanitaires), mise à disposition d'un local pour les activités des représentants, etc.[3453]. Certaines entreprises avaient entamé une démarche d'ouverture d'avantages sociaux dans le cadre de la parentalité et de la conjugalité aux couples, quel que soit le genre du conjoint, avant l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant droit au mariage aux couples de personnes de même sexe (autorisations d'absence pour évènements familiaux, congés spécifiques, etc.)[3454]. Ainsi, dès la fin des années 2000, quelques employeurs précurseurs ont étendu de manière volontaire aux salariés ayant conclu un PACS avec un partenaire de même sexe les avantages accordés à leurs collègues à l'occasion de leur mariage. En cela, ils avaient devancé une décision de la CJUE rendue en 2013, jugeant que le refus d'accorder le bénéfice de ces avantages aux couples homosexuels pacsés était constitutif d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle[3455]. Quelques organisations font état d'un aménagement de leur communication interne pour mentionner explicitement la thématique de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Dans le même ordre d'idées, d'autres pratiques cherchent à marquer les esprits en formalisant un engagement visible, par exemple en

---

[3450] *Ibid.*
[3451] AFMD, *Manager la diversité en métropole lyonnaise*, 2019, p. 98-9.
[3452] DDD, *Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle […]*, *op. cit.*, p. 44.
[3453] *Ibid.*, p. 54-55 ; CASINO, *L'orientation sexuelle et l'identité de genre : comprendre et agir dans l'entreprise*, 2012, p. 16.
[3454] V. par ex. sur une proposition de l'Observatoire de la diversité du groupe, PSA, *Accord relatif aux congés pour évènements exceptionnels*, 2008.
[3455] CJUE, ch., 12 décembre 2013, n° C-267/12, *Hay* : *Dalloz actualité*, 7 janvier 2014, obs. M. PEYRONNET ; *RLDA*, n° 90, 2014, p. 52 com. E. MAZUYER.

signant la Charte d'engagement LGBT lancée en 2013 par l'association « L'autre cercle » et en accordant un espace dédié à un réseau professionnel interne engagé sur cette thématique sur le portail intranet du groupe[3456]. Cet aspect est important, car ces réseaux, appelés « *affinity groups* » aux États-Unis, sont susceptibles de peser sur l'instauration d'aménagements en favorisant une « *endogénéisation militante* »[3457] de l'environnement de travail[3458]. L'attention que leur porte l'employeur joue un rôle dans l'aménagement de l'environnement de travail pour tenir compte de la situation des personnes LGBT+.

2 – La religion

680. Position du problème – Plusieurs principes juridiques sont en jeu à travers la question des aménagements religieux. D'une part, l'interdiction de discriminer en lien avec la religion ou les convictions et d'autre part, la liberté religieuse qui, si elle permet l'expression des convictions, doit s'articuler avec d'autres droits[3459]. La religion n'est pas définie dans les textes qui reconnaissent cette liberté ni dans ceux qui prohibent les discriminations sur ce fondement. Selon la Cour européenne, l'article 9 de la Convention vise toutes les croyances religieuses traditionnelles, ainsi que les croyances religieuses non traditionnelles et les convictions non religieuses. Une religion ou une conviction doit atteindre un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance et mériter le respect dans une société démocratique. En revanche, elle ne doit pas être incompatible avec la dignité de la personne et ne pas aller à l'encontre des droits fondamentaux[3460].

681. La gestion de la diversité religieuse sur le lieu de travail est un sujet complexe. Le fait religieux suscite de nombreux questionnements de la part des responsables, alors que dans le même temps la réalité de la discrimination religieuse est attestée[3461]. En droit, la République

---

[3456] Ces réseaux sont diversement accueillis par les organisations. *Pro*, v. par ex. BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité […]*, *op. cit.*, p. 13 ; *contra*, v. par ex. PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit.*, p. 16.
[3457] L. BUCHTER, « Repolitiser la diversité ? Une étude des répertoires d'endogénéisation militante des lois antidiscriminatoires », *SociologieS*, 2019.
[3458] Sur ces réseaux, v. par ex. V. DE BEAUFORT, V. MORALI, « Les réseaux féminins » *in* J. –M. PERETTI (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 263-7.
[3459] Art. 9 Conv. EDH ; art. 18 PIDCP ; CEDH, ch., 25 mai 1993, n° 14/307/88, *Kokkinakis c. Grèce*, § 31. V. sur ce point S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Discriminations et fait religieux. Enjeux » *in* M. –L. BASILIEN-GAINCHE (dir.), *« Discriminations & Fait religieux » : journée de formation des acteurs de la justice*, Lyon, Colloque du GIP La Laïcité dans la Justice, 30 mars 2018.
[3460] CEDH, ch., 25 février 1982, n° 7511/76, 7743/76, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, spéc. p. 36.
[3461] M. –A. VALFORT, *Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité*, Institut Montaigne, 2015 ; M. – N. DECHARNE, E. LIEDTS, *Porter un prénom arabe ou musulman est-il discriminant dans l'enseignement supérieur ? Orientation et poursuite d'études dans l'enseignement supérieur du Nord-Pas-de-Calais*, Lille, Pôle Universitaire Lille Nord-Pas de Calais, Observatoire Régional des Études Supérieures, 2007.

« *assure la liberté de conscience* [et] *garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* »[3462]. La séparation des Églises et de l'État ne visent donc pas l'éviction hors de l'espace public de toute manifestation d'une conviction religieuse, en dehors des exceptions prévues par le droit[3463]. Ces exceptions concernent notamment l'interdiction de porter une tenue dissimulant le visage sur les voies publiques et dans les lieux ouverts au public ou affectés à un service public[3464], ainsi que d'autres motifs tenant à la sécurité publique et à la protection de l'ordre public[3465]. La situation est claire concernant le personnel employé par des personnes publiques et des personnes privées chargées d'une mission de service public. Les agents et salariés qui sont employés dans ces conditions sont soumis à un principe de neutralité[3466]. Pour autant, cette règle n'exclut pas certains aménagements. Il existe notamment des autorisations d'absence pour motifs religieux qu'une circulaire régulièrement mise à jour depuis 1967 encadre[3467]. Les usagers du service public, en principe, ne sont pas assujettis à la neutralité. Ils peuvent exprimer leurs convictions religieuses ou faire part de revendications particulières, à condition de respecter la neutralité du service et de ne pas contrevenir à son organisation et à son fonctionnement[3468]. Toutefois, le droit positif est marqué par les ambiguïtés du périmètre de la neutralité religieuse à l'endroit des usagers dans certains services publics, notamment à l'école[3469]. En tout état de cause, les normes sur la diversité dans les administrations ne semblent pas traiter du fait religieux, ce qui exclut l'étude des aménagements raisonnables de ce cadre.

682. En revanche, la question ne fait pas toujours l'objet de consignes managériales et juridiques sans équivoques dans d'autres situations d'emploi. Des salariés peuvent formuler des attentes diverses. Certains désirent bénéficier d'une différenciation à l'égard du modèle

---

[3462] Art. 1er loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation des Églises et de l'État*.
[3463] Sur cette question, v. not. O. BUI-XUAN, « Sphère publique, espace public et diversité religieuse » *in* C. RUET (dir.), *Appréhender la diversité : regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Bayonne, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, Lextenso, 2020, p. 259-75.
[3464] Art. 1er loi nº 2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ; CEDH, gr. ch., 1er juillet 2014, nº 43835/11, *SAS c. France*.
[3465] CE, ord., 6 mars 2006, nº 289947, *United Sikhs*.
[3466] CE, avis, ssr., 3 mai 2000, nº 217017, *Demoiselle Marteau* ; Soc., 19 mars 2013, nº 12-11.690, *Mme A. c. CPAM de Seine-Saint-Denis*.
[3467] Circ. nº NOR : MFPF1202144C du 10 février 2012 *relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions*.
[3468] CNCDH, Avis nº NOR : CDHX1324398V du 26 septembre 2013 *relatif à la laïcité*.
[3469] V. not. TA Montreuil, 23 novembre 2011, nº 1012015 ; CAA Lyon, 23 juillet 2019, nº 17LY04351 ; O. BUI-XUAN, « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'État relative à la neutralité religieuse dans les services publics », *AJDA*, nº 5, 2014, p. 249 ; O. BUI-XUAN, « Extension du domaine de la neutralité religieuse », *AJDA*, nº 41, 2019, p. 2401.

dominant dans l'entreprise pour obtenir la prise en compte de demandes religieuses. L'engagement en faveur de la diversité de la structure qui les emploie peut susciter une augmentation de ces attentes. De nombreuses affaires judiciaires témoignent de la complexité que revêtent parfois ces situations[3470]. Dans ces conditions, le fait religieux est souvent l'objet d'un management empirique, sur la base de traitements individuels compromissoires, fortement tributaires de la volonté des responsables[3471]. Le guide du fait religieux en entreprise édité par le ministère du Travail conforte cette lecture en insistant, à côté des obligations légales auxquelles il est tenu, sur le pouvoir discrétionnaire de l'employeur. L'entreprise doit assurer sa fonction économique. L'employeur, titulaire du pouvoir de direction, doit être en mesure d'organiser le fonctionnement de la société et l'activité des salariés pour atteindre les objectifs qu'il a fixés. Pour autant, il ne peut limiter l'exercice des droits et libertés des personnes qu'à la condition que la restriction soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché[3472]. En particulier, le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions contraires aux lois et règlements ou apporter 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. Il ne peut pas discriminer les salariés dans leur emploi. L'employeur peut souhaiter inscrire dans ce document un principe de neutralité pour restreindre les manifestations des convictions des salariés, à condition que ces restrictions soient justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et qu'elles soient proportionnées au but recherché[3473]. Exception faite de ce cas de figure, récemment précisé par le juge, il n'existe pas de réponse générale au fait religieux qui serait valable dans toutes les hypothèses[3474]. L'employeur ne peut pas interdire toute expression religieuse et le salarié ne peut pas imposer ses choix. Entre ces deux positions extrêmes, l'issue de la gestion du fait religieux se situe dans le contexte et dans les efforts de conciliation opérés de part et d'autre, que le juge appréciera au contentieux le cas échéant[3475].

[3470] V. par ex. CA Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, n° [XSDR090997X] ; CA Paris, 16 mars 2001, n° 1999/31302 ; CA Paris, 19 juin 2003, n° 03/30212 ; Soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845 et AP., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Baby loup* ; Soc., 1er février 2017, n° 16-10.459 ; CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions* ; CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA* et Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, *Bougnaoui* ; Soc., 8 juillet 2020, n° 18-23.743 ; Soc., 7 juill. 2021, n° 21-16.206.
[3471] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 147.
[3472] Art. L 1121-1 c. trav.
[3473] Art. L. 1321-2-1 c. trav.
[3474] CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions* ; CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA* ; Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, *Bougnaoui*; CJUE, gr. ch., 15 juillet 2021, n° C-804/18 et C-341/19, *WABE* et *MH Müller Handel*.
[3475] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 304.

Ainsi, l'exécution du contrat de travail de bonne foi implique pour l'employeur de répondre avec loyauté aux requêtes religieuses des salariés[3476]. Il doit satisfaire la demande quand c'est possible au regard des exigences de fonctionnement de l'organisation[3477]. Lorsqu'il répond par la négative, il doit être en mesure de justifier son refus par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. À défaut, son refus pourra être discriminatoire[3478]. Il en résulte, par exemple, que la pratique de la prière sur le lieu de travail ne peut être sanctionnée comme telle. Par conséquent, le commis de cuisine employé dans un restaurant ne peut être licencié pour avoir pratiqué la prière, dans la discrétion et durant un temps limité[3479]. Dans le même ordre d'idées, le simple fait d'être au contact de la clientèle, et dès lors qu'aucune disposition dans le règlement intérieur n'est prévue en ce sens, n'est pas une justification légitime pour restreindre la liberté de religion du salarié concernant sa tenue vestimentaire et le port de signes religieux. En procédant de la sorte, l'employeur commet une discrimination[3480]. Pourtant, ce dernier n'a pas à accepter toute manifestation religieuse. Il lui appartient d'examiner si ces expressions perturbent la prestation de travail, sans examiner leurs fondements religieux[3481]. À cet égard, les exigences de santé et de sécurité au travail doivent être respectées. Il en est ainsi des règles sur les visites médicales[3482], sur le port des équipements de protection individuelle ou sur l'interdiction de port de signes religieux pouvant entraîner un accident[3483]. De même, le salarié qui jeûne doit veiller à ne pas porter atteinte à sa santé et à sa sécurité et à celles des personnes concernées par sa pratique[3484]. Toujours dans cet ordre d'idées, les exigences de l'emploi doivent être satisfaites, la prestation objet du contrat de travail doit être exécutée[3485]. Ainsi est justifiée la rupture du contrat de travail d'une animatrice refusant, pour des motifs religieux, de se baigner avec des enfants en méconnaissance des règles de sécurité[3486], de même que celle

---

[3476] Art. L. 1222-1 c. trav.
[3477] Absence pour une fête religieuse empêchant une livraison, Soc., 16 décembre 1981, n° 79-41.300.
[3478] HALDE, délib. n° 2007-301 du 14 novembre 2007 *relative à des autorisations d'absence pour fêtes religieuses* ; HALDE, délib. n° 2010-48 du 22 février 2010 *relative à des autorisations d'absence pour fêtes religieuses*. *Mutatis mutandis*, v. ég. à propos d'une disposition législative accordant un jour de congé supplémentaire à un groupe religieux, CJUE, gr. ch., 22 janvier 2019, n° C-193/17, *Cresco Investigation*.
[3479] CPH Paris, 3 novembre 2011, n° 10/16025, *M. BT c. SARL 52 en île*.
[3480] CEDH, sect., 15 janvier 2013, n° 48420/10, *Eweida et autres* ; CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui* et Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, *Bougnaoui*.
[3481] A. SUPIOT, « Commentaire de l'Avis de la CNCDH sur la laïcité » *in* C. LAZERGES, *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016, § 14.
[3482] Soc., 29 mai 1986, n° 83-45.409.
[3483] CEDH, sect., 15 janvier 2013, n° 59842/10, *Mme Chaplin*.
[3484] Art. L. 4122-1, al. 1er c. trav.
[3485] CAA Paris, 31 mars 2009, n° 08PA01648, *La Poste*.
[3486] HALDE, délib. n° 2006-242 du 6 novembre 2006 *relative à la rupture du contrat d'une animatrice au sein d'une association pour enfants autistes ayant refusé de se baigner avec les enfants et de retirer son voile*.

d'un employé boucher invoquant ses convictions religieuses pour refuser de manier de la viande porc[3487]. Le travailleur ne peut pas non plus profiter de ses fonctions professionnelles pour faire du prosélytisme auprès des autres salariés, des usagers ou des clients[3488]. Enfin, l'expression des convictions religieuses doit respecter les règles sur le harcèlement, la non-discrimination et les agissements sexistes à l'égard d'autres salariés, de clients ou d'usagers[3489]. Par conséquent, le salarié ne peut valablement invoquer ses convictions religieuses pour commettre un acte discriminatoire ou refuser d'exercer ses fonctions[3490]. Il ne peut pas non plus refuser les règles élémentaires de vie sociale[3491].

683. Quelques expériences d'aménagements – Pour prévenir les risques discriminatoires associés à la religion et favoriser l'inclusion de tous les individus dans l'organisation, quelques entreprises se sont lancées dans une démarche d'aménagements religieux. Les accommodements permettent de concilier l'exploitation par l'entreprise des compétences et des capacités du travailleur et les attentes qu'il nourrit pour exprimer sa religion. Ils contrebalancent les désavantages particuliers générés par la norme majoritaire, comme les jours fériés du calendrier grégorien qui sont aussi des fêtes chrétiennes, sur les convictions religieuses des membres du personnel. Il s'agit alors de promouvoir un cadre de travail qui respecte les pratiques, croyances ou autres particularismes religieux des personnes concernées, comme les spécificités alimentaires, les fêtes religieuses, les *us* vestimentaires, etc. Néanmoins, ces aménagements sont rares parmi les normes relatives à la diversité recensées. Le sujet est évoqué brièvement en creux dans un accord-cadre du groupe Adecco en 2007. Les partenaires sociaux rappelaient alors le cadre positif en vigueur : « *toute personne, candidate à un emploi ou salariée, peut exprimer ses convictions religieuses et ne pas être discriminée pour ce motif. L'employeur peut apporter des restrictions à l'exercice de cette liberté quand elles sont justifiées par la fonction à exercer et qu'elles sont proportionnées par rapport au but recherché* »[3492]. Un avenant de 2011 à l'accord du groupe Casino sur la diversité[3493] renvoie à un Guide de la diversité religieuse en entreprise de décembre 2010, lui-même inspiré d'un

[3487] Soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738.
[3488] CA Basse-Terre, 6 novembre 2006, n° 06/00095, *Eurl Plâtrerie Saint-Martinoise c. M. Charly Lincertin*.
[3489] Art. L. 1142-2-1 c. trav. ; ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, rés. n° 1464 du 4 octobre 2005, *Femmes et religion en Europe*, § 5.
[3490] CEDH, sect., 15 janvier 2013, n° 36516/10, *McFarlane*.
[3491] CA Lyon, 8 septembre 2015, n° 13/10060.
[3492] ADECCO, *Accord-cadre contre les discriminations*, 20 avril 2007, p. 5-6.
[3493] Contactée pour obtenir un exemplaire de cet accord, l'entreprise n'a pas répondu à cette sollicitation.

référentiel produit par IMS en 2009 et réactualisé en 2017[3494]. Le guide de la grande distribution est présenté comme un outil pour « *donner des éléments d'information clairs sur le cadre légal français en matière de non-discrimination religieuse et sur l'impact que peuvent avoir les différentes pratiques religieuses sur l'organisation du travail* »[3495]. Il entend également fournir « *des clés de compréhension aux managers et aux responsables des RH, afin de favoriser le dialogue sur des sujets où l'incompréhension et la crainte peuvent être à l'origine de tensions, de malaises, voire de conflits* »[3496] et « *définir un cadre de référence et une position managériale applicable dans le Groupe Casino* »[3497]. Le référentiel proposé par « Les entreprises pour la cité » va dans le même sens. Il se présente comme un *vade-mecum* « *des initiatives d'entreprises qui ont choisi d'aller au-delà de ce que leur impose la loi, pour mettre en place une véritable gestion de la diversité et un environnement de travail inclusif favorisant le vivre-ensemble* »[3498]. Faisant état du droit positif au moment de sa parution, il est assorti de propositions d'aménagements concrets pour prendre en compte l'essentiel des préceptes religieux des principales religions. Il s'agira par exemple de proposer, lorsque l'activité le permet, de négocier un aménagement horaire avec les salariés désirant faire Sabbat afin qu'ils puissent partir plus tôt le vendredi soir. Les heures non travaillées sont rattrapées à un autre moment de la semaine[3499]. Un guide de bonnes pratiques « *Entreprise et diversité religieuse. Un management par le dialogue* »[3500] a aussi été publié par l'AFMD en 2013. L'Institut Montaigne établit également un baromètre du fait religieux en entreprise, qui contient quelques pistes d'aménagements pour les employeurs[3501]. D'autres organisations, parmi lesquelles Bouygues, EDF, La Poste, la CFDT ou *Equality and Human Rights*, ont publié des référentiels de ce type depuis la fin des années 2010[3502]. Quelques accords professionnels contiennent également des aménagements de principe pour des autorisations spéciales d'absences rémunérées pour fêtes religieuses non fériées, l'adaptation d'une offre de restauration variée ou

[3494] IMS, *Gérer la diversité religieuse en entreprise*, 2009 ; LES ENTREPRISES POUR LA CITE, *Gérer la diversité religieuse en entreprise*, 2017.
[3495] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 312-3.
[3496] *Ibid*.
[3497] *Ibid*.
[3498] LES ENTREPRISES POUR LA CITE, *Gérer la diversité religieuse en entreprise*, 2017, p. 14.
[3499] *Ibid*., 21.
[3500] T. –M. COURAU (dir.), *Entreprise et diversité religieuse. Un management par le dialogue*, AFMD, 2013.
[3501] L. HONORE, *Religion au travail : croire au dialogue. Baromètre du Fait Religieux en Entreprise*, Institut Montaigne, 2019.
[3502] Un recensement des publications est disponible *in* ORSE, *Informations sur le fait religieux en entreprise*, 2016.

la modulation des horaires de travail[3503]. À ce titre, certains sites du groupe PSA ont aménagé le calendrier collectif de travail et diversifié leur offre de restauration[3504].

684. Limites – Malgré ces incitations et l'expérience de quelques entreprises, la religion semble rarement traitée comme les autres motifs de discrimination. Les managers sont souvent mal à l'aise avec les pratiques comme le port du voile islamique ou l'ajustement du temps et de l'espace de travail. Si la lutte contre les discriminations doit conduire à traiter l'individu pour ce qu'il est et non pour ce qu'il représente, l'aménagement religieux impose à l'employeur une notion de différence. Il lui revient de trouver un point d'équilibre parfois fragile entre la prise en compte de la différence religieuse et la discrimination[3505]. Cette tâche déjà délicate en elle-même est alimentée par une culture organisationnelle qui ne connaît pas les accommodements. La prise en compte de particularismes religieux suscite bien des résistances et les normes traitant de la diversité sont généralement silencieuses sur la promotion de cette approche. L'attachement au principe de laïcité et la hantise à l'égard du communautarisme entretiennent les réserves sur ce sujet[3506]. L'ANI relatif à la diversité dans l'entreprise illustre ces réticences, puisque ses auteurs ont tenu à affirmer que les entreprises « *contribuent au respect des principes républicains qui ne laissent pas de place au communautarisme* »[3507]. La frilosité des organisations est certainement à rapprocher également de l'interdiction constitutionnelle des distinctions sur l'origine, la « race » ou la religion. De ce point de vue, une interprétation littérale de l'article Premier de la Constitution pourrait faire planer un doute sur la légalité d'une organisation de l'entreprise visant à tenir compte des pratiques religieuses des salariés[3508]. Perçue comme une exigence de neutralité à l'égard de la religion, l'interdiction des discriminations conduit à ignorer les pratiques religieuses des salariés et les risques de discrimination qui peuvent résulter de leur interférence dans leur activité professionnelle. Pour E. Lépinard et P. Simon, les difficultés liées aux questions religieuses sur le lieu de travail s'expliqueraient par le fait que les politiques de lutte contre les discriminations ne sont pas sous-

[3503] A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, 2014, p. 69-71.
[3504] PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015, p. 16.
[3505] V. MANIGOT, *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise : réflexions sur un risque*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 18.
[3506] F. DHUME, « L'émergence d'une figure obsessionnelle : comment le "communautarisme" a envahi les discours médiatico-politiques français », *Revue Asylon(s)*, n° 8, 2010.
[3507] Al. 11 préambule, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[3508] F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, « Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts » *in* F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER, *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 8.

tendues par un engagement vers le multiculturalisme qui délimiterait les valeurs communes pour guider les aménagements raisonnables[3509].

685. Si la question de la religion dans l'entreprise n'est pas nouvelle, il apparaît qu'elle se pose de manière renouvelée depuis une à deux décennies. Comme le souligne M. Miné, elle est passée d'une gestion empirique, fondée sur la tolérance, à un encadrement par le droit. Hier, le régime appliqué était plutôt celui d'une plus ou moins grande tolérance au regard des autorisations d'absence ou des modulations d'horaires pour fêtes religieuses, des menus de restauration, des lieux de prières, etc. Aujourd'hui, de manière plus intense, une demande de droit opposable à l'employeur comme au salarié s'exprime[3510]. L'impression qui domine parfois, corroborée par la sociologie, est que la diversité religieuse n'est pas toujours admise dans l'entreprise, sauf à y être invisible[3511]. Cette discipline rappelle qu'en France, la religion est un marqueur fort d'une différenciation culturelle, souvent assimilée à une appartenance collective minoritaire[3512]. L'introduction dans le Code du travail de la possibilité d'établir une clause de neutralité dans le règlement intérieur, bien que facultative, montre que la religion est appréhendée comme un problème pour les entreprises, qui recherchent la sécurité juridique. Le droit apporte des réponses, mais la question semble essentiellement abordée sous le prisme des droits et libertés, plutôt que sous celui de la discrimination[3513]. Ainsi, dans l'affaire *Bougnaoui*, à l'instar de la CEDH, la CJUE a envisagé le problème sous l'angle du conflit de droits entre la liberté d'entreprise d'une part et la liberté de religion d'autre part[3514]. Cette liberté implique d'avoir ou non une religion, mais aussi, selon la formule de l'avocate générale Kokott dans ses conclusions sur l'arrêt *Achbita*, de pouvoir s'astreindre à « *une certaine retenue pour ce qui concerne l'exercice du culte au travail, que ce soit en matière de pratiques religieuses, de comportements motivés par la religion ou, comme en l'espèce, de tenue vestimentaire* »[3515]. Une partie de la doctrine et la CNCDH ont regretté une protection insuffisante contre la

---

[3509] E. LÉPINARD, P. SIMON, *From integration to antidiscrimination… to diversity? Antidiscrimination politics and policies in French workplaces*, Commission européenne, 2008, p. 34.
[3510] M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 304-5.
[3511] V. *supra* § 373 et suiv.
[3512] V. DE RUDDER, S. TERSINI, F. VOURC'H, *Racial and ethnic minorities, immigration and the role of trade unions in combating discrimination and xenophobia. Third Report : Results of Sector B fieldwork and analysis*, URMIS, 2005, p. 35, NBP n° 49.
[3513] Sur les approches contentieuses du voile v. J. ARROYO, « Le voile islamique : regards (juridiques) croisés », *RDLF*, n° 51, 2020.
[3514] Sur ce point v. G. CALVES, « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Droit social*, n° 4, 2018, p. 323-9.
[3515] J. KOKOTT, concl. ss CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, § 116.

discrimination[3516]. À prendre l'affaire *Bougnaoui* sur le port du voile islamique par exemple, l'avocate générale Sharpston a souligné à quel point « *pour l'adepte pratiquant d'une religion, son identité religieuse fait partie intégrante de son être même* »[3517]. Selon cette approche sociologique ou identitaire, l'identité implique la difficulté, voire l'impossibilité, pour une femme d'ôter son voile – même de façon ponctuelle pour faire face à la clientèle. « *On aurait tort de supposer que, en quelque sorte, tandis que le sexe ou la couleur de peau suivent une personne partout, la religion ne le ferait pas* »[3518] concluait l'avocate générale. De ce point de vue, l'élément religieux comme aspect de la personnalité ne peut être « *poliment écarté pendant les heures de travail* »[3519]. Cette approche rejoint l'analyse du Comité des droits de l'homme chargé de la surveillance de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, dans d'autres affaires sur le port du voile, a retenu une discrimination intersectionnelle fondée sur le genre et la religion[3520]. Quoi qu'il en soit, les organisations engagées en faveur de la diversité peuvent se retrouver en pleine contradiction entre l'aspiration à la neutralité et la gestion du fait religieux supposée par leur démarche socialement responsable[3521]. À cet égard, une partie de la doctrine a souligné l'intérêt de l'aménagement raisonnable pour favoriser l'inclusion au travail, sans remettre en cause l'identité d'une personne[3522].

686. Toutefois, les aménagements religieux ne doivent pas conduire à une fragmentation de la société et à une remise en cause du « *vivre ensemble* »[3523]. L'expérience québécoise montre combien la pratique des accommodements à grande échelle peut présenter d'importantes difficultés. L'augmentation des demandes et la judiciarisation des conflits sont allées de pair avec la délicate appréciation des limites de l'obligation d'aménagement : comment démontrer

---

[3516] CNCDH, Avis n° NOR : CDHX1324398V du 26 septembre 2013 *relatif à la laïcité* ; Y. PAGNERRE, « Principe de neutralité dans l'entreprise », *DS*, n° 11, 2016, p. 880-5 ; J. MOULY, « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *D.*, n° 17, 2017, p. 947-52.
[3517] E. SHARPSTON, concl. ss CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui*, § 118.
[3518] *Ibid*., § 118.
[3519] E. SHARPSTON, concl. ss CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui*, § 118.
[3520] COMITE DES DROITS DE L'HOMME, *Constatations adoptées par le Comité au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2662/2015*, 2018, § 8.13. V. aussi COMITE DES DROITS DE L'HOMME, *Constatations adoptées par le Comité au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2807/2016*, 2018, § 7.17. Dans l'affaire *WABE*, la Cour a néanmoins souligné que les règles de neutralité au travail affectaient particulièrement les femmes (CJUE, gr. ch., 15 juillet 2021, n° C-804/18, § 57).
[3521] I. DESBARATS, « Entre laïcité et neutralité : quelles frontières en droit du travail ? », *Revue du droit des religions*, n° 4, 2017, p. 51-67, § 34 et suiv.
[3522] B. BOSSU, « L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *JCP S*, n° 23, 2018, p. 10-4, § 22.
[3523] CEDH, gr. ch., 1er juillet 2014, n° 43835/11, *SAS c. France*, spec. § 141.

que la disposition, le critère ou la pratique a un effet préjudiciable sur une personne en raison de sa religion ? l'auteur de la requête doit-il établir le caractère objectif de sa croyance ou seulement la sincérité de ses convictions ? quelle place accorder aux autres convictions (politiques, philosophiques, etc.)[3524] ? La complexité de la tâche et la responsabilité des décideurs en première ligne, confrontés à des requêtes parfois très diverses, ont également été une véritable difficulté[3525]. Enfin, certaines demandes d'accommodement ont créé une situation de conflit de droits, qui a nécessité l'arbitrage du juge. La crise des accommodements raisonnables s'est traduite par le retentissement médiatique hors-norme d'aménagements. Ces controverses ont conduit à la création d'une commission de consultation sur les pratiques d'accommodements religieux et à la mise en place d'un projet de Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État, ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement[3526]. Une loi sur la laïcité de l'État a finalement été adoptée le 16 juin 2019, non sans nouvelles controverses[3527]. L'avenir dira si les récentes ouvertures jurisprudentielles en faveur des aménagements religieux au travail appelleront le juge à poser de telles bornes à cette pratique.

[3524] E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, nº 78, 2009, p. 344.
[3525] M. JEZEQUEL, « L'obligation d'accommodement : un outil juridique et une mesure d'intégration », *Éthique publique*, nº 1, 2006, § 29.
[3526] C. TAYLOR, G. BOUCHARD, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Rapport au Premier ministre du Canada, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2007.
[3527] H. JOUAN, « Canada : la laïcité à la québécoise critiquée par les autres provinces », *Le Monde*, 16 décembre 2019.

SECTION 2 – LA DECONSTRUCTION DES STEREOTYPES ET DES PREJUGES

687. Position du problème – Aujourd'hui, les acteurs publics et privés ont un intérêt fort pour la lutte contre les stéréotypes et les préjugés. Cet engouement trouve ses origines dans un paradoxe : alors même que les discriminations sont fermement condamnées moralement et combattues avec un arsenal législatif imposant, elles sont, selon toute vraisemblance, pratiquées massivement[3528]. Afin d'expliquer et de dépasser cette contradiction, l'idée a été avancée que les stéréotypes et les préjugés seraient à l'origine du phénomène discriminatoire. Des travaux ont mis en évidence l'imprégnation d'imaginaires stéréotypés et leur mobilisation sinon inconsciente, du moins involontaire, par de nombreux acteurs. Cette lecture diffère de l'approche classique de la discrimination, consistant à voir les différences de traitement illégitimes comme un phénomène intentionnel.

688. L'approche économique : un phénomène rationnel – Pour les économistes par exemple, la discrimination peut être rationnelle et consciente à un niveau individuel[3529]. Dans cette acception, le contrat de travail dominé par l'*intuitu personae* est un terrain propice pour un raisonnement discriminatoire. En effet, les logiques de sélection économiques s'accommodent très bien avec la distinction illégitime, notamment au moment du recrutement. Les employeurs mobilisent des critères potentiellement discriminatoires, réels ou supposés, parce qu'ils procèdent à des inférences probabilistes sur l'éventualité qu'une personne fasse preuve d'une moindre productivité, sur les coûts associés à l'embauche, etc. La discrimination est le fruit d'un calcul rationnel conduit par les acteurs pour réduire les incertitudes productivistes et abaisser le coût du travail. Le cas typique de cette « *discrimination statistique* »[3530] est celui de l'exclusion subie par les jeunes femmes dans l'accès à l'emploi. Un employeur pourrait considérer qu'elles ont une forte probabilité de s'absenter pour un congé de maternité, ce qui impliquerait un coût supplémentaire pour pourvoir à son remplacement[3531]. Pour corriger cette logique discriminatoire, la formation et la sensibilisation du recruteur n'auront qu'un effet limité. Tout au plus pourront-elles le moraliser pour l'aider à prendre conscience de l'iniquité de son acte. Tenant plus de la réponse au cas par cas que de

---

[3528] R. CORTESERO, S. KERBOURC'H, D. MELO et *al.*, « Recruteurs sous tensions. Discrimination et diversité au prisme de registres argumentaires enchevêtrés et malléables », *Sociologie du travail*, n° 4, 2013, p. 431 et suiv.
[3529] V. par ex. M. PARODI, « De la discrimination statistique à la discrimination positive : remarques sur l'indifférence probabiliste », *Revue de l'OFCE*, n° 112, 2010, p. 63-85.
[3530] E. S. PHELPS, « The Statistical Theory Of Racism And Sexism », *The American economic review*, n° 4, 1972, p. 659-61.
[3531] Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier ministre, 2016, p. 28.

l'anticipation stratégique, ce type de mesure n'aurait que peu d'intérêt aux yeux des organisations pour prévenir le risque discriminatoire. Par conséquent, cette lecture de la discrimination n'est pas celle retenue avec les normes relatives à la diversité pour déconstruire les représentations mentales.

689. L'approche psychosociologique : un phénomène non rationnel – Au contraire des sciences économiques, la psychologie et la sociologie insistent sur la dimension cognitive du phénomène discriminatoire. Ici, la discrimination est une conduite non rationnelle qui n'est pas nécessairement consciente. Elle repose sur des déterminants collectifs, les stéréotypes et les préjugés[3532]. Les stéréotypes sont des « *représentations schématiques et globalisantes, qui renforcent les similitudes au sein d'une catégorie et accentuent les différences entre les catégories* »[3533]. Cette image est propre à chacun. Elle peut être exacte ou inexacte, descriptive ou prescriptive, positive ou négative[3534]. En l'occurrence, ces images sont des représentations d'infériorité conduisant à l'exclusion. Le préjugé se distingue du stéréotype en ce qu'il renvoie aux affects et aux émotions ressenties par un individu lorsqu'il en considère un autre. Les attitudes qui en sont les expressions sont « *des évaluations d'un groupe social dans son entier ou des individus qui font partie de ce groupe* »[3535]. Pour beaucoup de scientifiques, ces déterminants de l'exclusion n'ont pas de fondements réels et sont produits par un groupe social pour être imposés à un autre dans une relation de domination. Or, parce qu'*« ils véhiculent souvent l'idée d'une hiérarchie sociale qui peut être fondée sur différents critères (race, classe, sexe, mais aussi orientation sexuelle, apparences physiques, opinions politiques ou syndicales…)* [ils] *traduisent, fondamentalement, l'idée que certaines personnes ont moins de valeur que d'autres* »[3536]. La difficulté est qu'aucun individu n'est à l'abri de ces représentations mentales que sont les stéréotypes et les préjugés. Même si elle n'en a pas toujours conscience, une personne est susceptible de céder malgré elle à ces biais implicites qui peuvent la conduire à un comportement discriminatoire.

690. Les études de sciences sociales au travail menées dans les années 1980 et 1990 ont mis en exergue les biais cognitifs des managers qui les empêchent de traiter les travailleurs avec

---

[3532] V. par ex. J. –B. LEGAL, S. DELOUVEE, *Stéréotypes, préjugés et discrimination*, Malakoff, Dunod, 2016.
[3533] D. VOUILLOT *in* HALDE, *Les discriminations dans l'emploi, le logement et l'éducation : bilan de l'année européenne*, 2007, p. 7.
[3534] B. WHITLEY, M. KITE, *Psychologie des préjugés et de la discrimination*, Bruxelles, De Boeck, 2013, p. 14-5.
[3535] *Ibid*., p. 15.
[3536] S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4e éd., 2020, p. 666.

équité, malgré leur bonne foi. Par exemple, « *un recruteur va préférer lors d'un entretien d'embauche un candidat homme jugé dynamique, volontaire et engagé à une candidate femme jugée agréable, attentive et rigoureuse, sans forcément s'apercevoir que son jugement est déformé par des stéréotypes de genre* »[3537]. Dans les procédures de sélection, il existe souvent une idée de l'adéquation parfaite entre un individu et un poste[3538]. L'allégorie de la pantoufle de verre, empruntée par K. L. Ashcraft au conte de Cendrillon, illustre parfaitement comment la représentation qu'un recruteur se fait de la personne idéale est susceptible d'aligner les identités professionnelles sur les identités sociales[3539]. À cela s'ajoutent de multiples facteurs contextuels et organisationnels qui sont susceptibles d'amplifier le risque discriminatoire, notamment dans les filières en tension[3540]. Les stéréotypes et les préjugés ont également un effet performatif sur les personnes qui en sont victimes. Leur confiance et leur estime de soi sont très tôt façonnées par ces représentations dont elles ont parfaitement conscience. Tout au long de leur vie, ces stigmates génèrent autocensure, dévalorisation, stress, etc., à plus fortes raisons dans les situations où leur identité sociale est saillante[3541].

691. L'approche sociologique : un phénomène collectif – À plus grande échelle, la sociologie a mis en exergue les effets discriminatoires de certaines mesures pourtant neutres en apparence[3542]. Cette approche macro a permis d'élargir le spectre d'analyse de la discrimination aux effets collectifs de l'exclusion au-delà de leurs seules dimensions individuelles ou racistes. Dès les années 1960 aux États-Unis, les discriminations ont été « *conçues comme les rouages de la (re)production des rapports de pouvoir structurels qui engendrent des groupes sociaux majoritaires et minoritaires* »[3543]. Ce décryptage dynamique a donné à voir la discrimination comme un phénomène systémique d'exclusion. Pour comprendre comment ce mécanisme touche toutes les franges de la population, il faut revenir sur le rôle historique joué par les catégories discriminatoires[3544]. Le concept de désavantage cumulatif a été avancé pour faire le

---

[3537] Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier ministre, 2016, p. 29.
[3538] V. l'enquête de Y. MEZIANI-REMICHI, M. MAUSSEN, « Recruitment in public administrations : diversity policies and selection practices in a French city », *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n° 10, 2017, p. 1692.
[3539] K. L. ASHCRAFT, « The Glass Slipper: "Incorporating" Occupational Identity in Management Studies », *Academy of Management Review*, n° 1, 2013, p. 6-31.
[3540] Y. L'HORTY, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier ministre, 2016, p. 30-48.
[3541] D. VOUILLOT *in* HALDE, *Les discriminations dans l'emploi, le logement et l'éducation : bilan de l'année européenne*, 2007, p. 8.
[3542] V. L. BERENI, V. –A. CHAPPE, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011, p. 16 et suiv.
[3543] *Ibid*.
[3544] V. par ex. M. BESSONE, *Sans distinction de race ? Une analyse critique du concept de race et de ses effets*, Paris, Vrin, 2013.

lien avec l'héritage du passé. Suivant cette idée, les différences de traitement iniques historiquement infligées à des groupes d'individus peuvent s'enraciner et finir par être considérées comme naturelles, en dépit de leur suppression formelle. Ce « *script racial* »[3545] ou genré, explique en quoi les différences de « *forme de tête* »[3546] ou entre les fumeurs et les non-fumeurs[3547] sont socialement moins déterminantes que le sexe ou la couleur de peau et pourquoi la loi se concentre aujourd'hui sur ces catégories plutôt que sur d'autres. Cette essentialisation des inégalités produit des stéréotypes et des préjugés, repris par les membres du groupe majoritaire et paradoxalement par les individus discriminés eux-mêmes. Le sociologue R. K. Merton a avancé le concept de prédiction créatrice pour désigner les effets de la discrimination qui conduisent les personnes discriminées à adopter le comportement qui leur est imputé par préjugé et à conforter ainsi les pratiques illégitimes des discriminateurs[3548]. De leur côté, N. Ellias et J. –L. Scotson ont dépassé l'analyse marxiste des inégalités pour montrer qu'elles n'étaient pas exclusivement le fruit d'un rapport de domination socioéconomique, mais aussi le résultat d'un système d'exclusion de l'Autre visant à le maintenir à l'écart des lieux de pouvoir[3549]. Ces lectures collectives de la discrimination ont donné naissance à de nouveaux concepts, tels que la discrimination indirecte, la discrimination multiple ou la discrimination systémique. L'envergure systémique du phénomène perpétue l'ostracisme et la marginalisation de certaines personnes, alors même que les membres de la société n'ont pas l'intention de les exclure. À la suite du concept de racisme institutionnel[3550], la discrimination systémique permet de rendre compte des formes contemporaines du fait discriminatoire en dépit de la progression de l'idéologie de l'égalité et du caractère moins ostensible des préjugés. Cette notion permet d'insister sur les effets discriminatoires générés par le fonctionnement routinier des institutions, malgré l'apparente neutralité des normes organisationnelles. Appuyée sur la psychologie sociale, elle souligne les biais cognitifs que mobilisent en permanence et inconsciemment les individus. Parallèlement, l'effet cumulatif des discriminations a permis de révéler l'existence

---

[3545] N. MOLINA, « *How Race is Made in America Immigration, Citizenship, and the Historical Power of Racial Scripts* », Berkeley, University of California Press, 2013 citée *in* R. SÉNAC, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 76.

[3546] B. BRECHT, *Têtes rondes et têtes pointues*, Paris, L'Arche, 2011 cité *in* R. SENAC, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 76.

[3547] F. Dobbin cité par M. DURU-BELLAT, « La diversité : esquisse de critique sociologique», *Notes & Documents*, n° 2011-03, 2011, p. 4.

[3548] R. K. MERTON, *Éléments de théorie et de méthode sociologique*, Paris, Armand Colin, 1997, spéc. p. 136 et suiv.

[3549] N. ELIAS, J.-L. SCOTSON, *Logiques de l'exclusion*, Paris, Fayard, 1997, p. 152.

[3550] V. par ex. V. SALA PALA, « Faut-il en finir avec le concept de racisme institutionnel ? », *Regards sociologiques*, n° 39, 2010, p. 31-44.

de discriminations multiples chaque fois qu'un individu est traité de manière défavorable sur le fondement de plusieurs critères illégitimes. À la différence de ces aspects systémiques et cumulatifs de la discrimination dont la fortune juridique est assez aléatoire[3551], le droit s'est saisi de la discrimination indirecte pour corriger les dispositions, critères ou pratiques neutres en apparence qui défavorisent certains groupes d'individus dans les faits. Cependant, le contentieux français est encore en retrait sur l'application de cette qualification[3552].

692. Plan – Cette lecture de la discrimination empruntée à la psychologie et à la sociologie a notamment été relayée par la CEDH pour qui les représentations mentales « *are dangerous because they reflect or even induce an implicit discrimination* »[3553]. Par conséquent, si « *la condition de départ est d'éviter de discriminer* [avec un] *impératif légal et déontologique* […] *clair, sa mise en pratique n'est pas simple, car même la stricte application des règles* […] *ne garantit pas pleinement le respect du principe d'égalité* »[3554]. De ce point de vue, pour prévenir efficacement les discriminations, l'hypothèse de travail est qu'il faut agir en amont sur les stéréotypes et les préjugés qu'elles mobilisent. La déconstruction des stéréotypes et des préjugés devient ainsi un « *préalable à toute démarche de changement* »[3555] structurelle pour rendre les organisations plus inclusives. Deux voies bien distinctes sont empruntées ici par les normes portant sur la diversité : la formalisation et la sensibilisation des ressources humaines (§ 1) et la représentation de la diversité de la société française (§ 2).

§ 1 – La formation et la sensibilisation des ressources humaines

693. Position du problème – Plan – Avec la formalisation et la sensibilisation, la finalité n'est pas de transmettre un savoir afin de rendre plus savant, mais avant tout de déconstruire les stéréotypes et les préjugés pour prévenir le risque discriminatoire. Le but pratique prime le but savant[3556]. Ces mesures constituent un volet incontournable des normes relatives à la

---

[3551] V. *supra* § 272 et suiv.
[3552] V. par ex. E. FONDIMARE, « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *LRDH*, nº 9, 2016 ; X. SOUVIGNET, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, nº 2, 2013, p. 315-25.
[3553] Opinion séparée des juges F. TULKENS, N. TSOTORIA, K. PARDALOS ss CEDH, sect., 27 juillet 2010, nº 4149/04 et 41029/04, *Aksu c. Turquie*, § 2.
[3554] HALDE, *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines : que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, 2009, p. 41.
[3555] Art. 2, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006.
[3556] M. –A. FRISON-ROCHE, « La formation : contenu et contenant de la compliance » *in* M. –A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 229.

diversité. Pour s'en convaincre, il suffit de constater qu'en 2019, la totalité des groupes publics ou privés du secteur audiovisuel avait instauré des cycles de sensibilisation à la diversité[3557]. L'objectif est d'agir sur la subjectivité des décideurs et plus largement sur l'ensemble des ressources humaines, afin de « *faire évoluer les représentations* […] *et instaurer une culture de tolérance, qui permette l'inclusion de chacun* »[3558]. Ces mesures recouvrent des réalités différentes dans les pratiques et ne concernent d'ailleurs pas exclusivement les représentations mentales. Dans le cas présent, elles ont pour point commun de reposer sur une approche pédagogique des stéréotypes et des préjugés pour tenter de les invalider (A). Cependant, la tâche est éminemment complexe, car ces phénomènes sont difficiles à appréhender (B).

A – Une approche pédagogique des stéréotypes et des préjugés

694. Position du problème – Les analyses des sciences humaines et sociales ont montré comment des biais implicites, parfois sous des apparences bénignes, influencent significativement les prises de décisions. Cette évolution dans la manière d'appréhender les mécanismes discriminatoires s'éloigne d'une vision étroite de la discrimination, proche de la conception pénaliste d'une atteinte à la dignité humaine et qui ne correspond que partiellement aux représentations et aux expériences que les individus peuvent en avoir. En effet, la reconnaissance du caractère non intentionnel du phénomène discriminatoire par le droit a ouvert un nouvel espace d'appréhension de ce type d'inégalités auquel participe la lutte contre les stéréotypes et les préjugés. L'« *imprégnation* »[3559] de la logique inclusive se confond ici avec la prévention, car la formation instruit toujours pour le futur.

695. Diffusion – Les actions de formation et de sensibilisation destinées à déconstruire ces représentations mentales sont nées aux États-Unis à la suite de l'adoption du *Civil Rigts Act* en 1964 qui prohibe les discriminations. Les premières condamnations de justice prises en application de cette loi imposèrent aux employeurs des mesures pédagogiques de lutte contre les discriminations. Très vite, les organisations prirent elles-mêmes l'initiative de former leur personnel pour diminuer les risques et attester de leur bonne foi au contentieux, alors que parallèlement, les recherches sur les effets du conditionnement des rapports individuels à l'autre

[3557] CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2019 et Actions 2020*, Rapport au Parlement, 2020, p. 16.
[3558] A. –F. BENDER, « L'approche diversité dans les pays anglo-saxons » *in* I. BARTH, C. FALCOZ (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 222.
[3559] M. –A. FRISON-ROCHE, « La formation : contenu et contenant de la compliance », *op. cit*., p. 233.

par les représentations psychocognitives se structuraient[3560]. Initialement, ces formations se heurtèrent à l'opposition d'hommes qui se sentaient exclus et désignés comme des oppresseurs intolérants perpétuant des pratiques sexistes et racistes. Les résistances que ces approches ont engendrées ont mené les formateurs à redéfinir le problème à résoudre sous le prisme de stéréotypes et de préjugés. Cette définition inclusive de la diversité présentait l'avantage de prendre en compte suffisamment de critères de distinction pour que chaque personne se reconnaisse dans plusieurs groupes. Le problème étant déplacé vers la méconnaissance de l'autre, la prise de conscience par les individus de leurs propres représentations mentales est devenue le but des formations et de la sensibilisation[3561]. Dans les années 1980, ces modules se sont doublés d'un objectif de profitabilité visant à rendre l'entreprise plus performante à travers un management de la diversité approprié[3562]. En France, ce sont les entreprises condamnées pour discrimination qui ont importé ces mécanismes de manière volontaire[3563]. Ils ont été ensuite généralisés en entreprise dans le sillage de l'adoption de la Charte de la diversité, selon des formats proches des sessions nord-américaines[3564]. Cette Charte en a fait le premier de ses six engagements, avant que ces préconisations ne soient reprises dans d'autres chartes du même type édictées au cours des années suivantes[3565]. La formalisation et la sensibilisation figurent également en bonne place dans le cahier des charges du Label diversité, dans l'ANI de 2006 et de manière constante dans les conventions et accords successifs ou dans d'autres référentiels de bonnes pratiques[3566]. Dans le secteur public, les dispositifs de formations ont été développés à peu près à la même époque dans le cadre de financements européens et sous la houlette des

---

[3560] Pour un aperçu de ces travaux, v. M. MERCAT-BRUNS, « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine » *in* F. GUIOMARD, S. ROBIN-OLIVIER (dir.), *Diversité et discriminations raciales : Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 67-8.

[3561] H. SANDERS, S. BELGHITI-MAHUT, « La diversité dans l'Hexagone : Les usages français d'une notion américaine », *Humanisme et Entreprise*, n° 305, 2011, p. 27.

[3562] E. HATTON, « Les impensés de la formation à la non-discrimination » *in* E. GUILLALOT, A. PREVERT (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 151.

[3563] *Ibid.*, p. 152.

[3564] *Ibid.*

[3565] § 1, Charte de la diversité, 2018 ; § 1 et § 2-1, Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité, 18 novembre 2005.

[3566] AFNOR, « *Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : cahier des charges […]*, *op. cit.*, p. 10-1 ; art. 4 et 5, ANI *relatif à la diversité dans l'entreprise*, 12 octobre 2006 ; par ex. art. 5.3 ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019 ; CSESS, *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, CSESS, 2016, Livret 2, p. 9. Il a été proposé de rendre ces formations obligatoires dans le cadre du suivi de l'ANI. V. J. –C. SCIBERRAS, *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social, Ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, 2015, p. 12, prop. n° 7.

institutions spécialisées (FASIL puis ACSÉ)[3567]. Depuis quelques années, la sensibilisation à la diversité figure dans le cursus élémentaire des fonctionnaires stagiaires des IRA et parmi les pratiques des administrations labellisées, notamment les ministères[3568]. La circulaire relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité a aussi rendu obligatoire la formation des jurys de concours et des recruteurs à la prévention des discriminations[3569].

696. Une préfiguration du droit dur – Il est intéressant de constater que les instances internationales ont très tôt relié la lutte contre les stéréotypes et les préjugés à la non-discrimination[3570]. Dans l'espace juridique européen, leur déconstruction politique a principalement visé le genre[3571]. Cette lutte a trouvé un écho dans la sanction juridictionnelle des stéréotypes et des préjugés liés au genre[3572], au handicap[3573], à l'état de santé[3574], à l'orientation sexuelle[3575] ou encore à la « race », à la couleur ou à l'origine[3576]. Pourtant, la formation et la sensibilisation à la lutte contre les stéréotypes et les préjugés ont été introduites dans l'ordonnancement légal seulement après avoir été démocratisées par les instruments relatifs à la diversité. De ce point de vue, les bonnes pratiques sur la diversité ont sans doute en

---

[3567] E. HATTON, « Les impensés de la formation à la non-discrimination » *in* E. GUILLALOT, A. PREVERT (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 152-3.

[3568] V. par ex. circ. n° NOR : RDFF1630682C du 17 octobre 2016 *relative aux priorités interministérielles fixées à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de l'État*, p. 2 et 5.
DDD, DGAFP, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, 2015, p. 26-9 ; circ. n° NOR : RDFF1423791C du 1er octobre 2014 *relative aux priorités interministérielles fixées à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de l'État*, p. 3 et 8 ; circ. n° NOR : BCFF0918284C du 31 juillet 2009 *d'orientation sur les priorités interministérielles fixées à la formation professionnelle tout au long de la vie des fonctionnaires de l'État (année 2010)*, p. 6.

[3569] Circ. n° NOR : RDFF1710873C du 3 avril 2017 *relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique*, p. 5-6.

[3570] V. par ex. art. 7, Convention *internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965 ; art. 5 et 10, Convention *sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979 ; art. 8, *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2008.

[3571] V. par ex. CONSEIL, rés. n° 31982Y0721(02) du 12 juillet 1982, *concernant la promotion de l'égalité des chances pour les femmes*, al. 13 ; CONSEIL, recom. n° (84/635/CEE) du 13 décembre 1984 *relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes*, § 1 ; PE, rés. n° (2012/2116(INI)) du 12 mars 2013 *sur l'élimination des stéréotypes liés au genre dans l'Union* ; PE, rés. n° (2014/2152(INI)) du 9 juin 2015 *sur la stratégie de l'Union européenne pour l'égalité entre les femmes et les hommes après 2015* ; CEDH, sect., 27 mai 2021, n° 5671/16, *J.L. c. Italie*, § 136-43, spéc. 140.

[3572] V. par ex. CJUE, ch., 30 septembre 2010, n° C-104/09, *Roca Alvarez*, not. § 36-7 ; CEDH, gr. ch., 22 mars 2012, n° 30078/06, *Konstantin Markin c. Russie*, § 143 ; CEDH, sect., 25 juillet 2017, n° 17484/15, C*arvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, § 52-55.

[3573] CEDH, sect., 20 mai 2010, n° 38832/06, *Alajos Kiss c. Hongrie*, § 42.

[3574] CEDH, sect., 10 mars 2011, n° 2700/10, *Kiyutin c. Russie*, § 63.

[3575] CEDH, gr. ch., 22 mars 2012, n° 30078/06, *Konstantin Markin […]*, *op. cit.*, § 143 ; CJUE, gr. ch., 2 décembre 2014, n° C-148/13 à C-150/13, *A, B & C*, § 62.

[3576] CEDH, gr. ch., 22 mars 2012, n° 30078/06, *Konstantin Markin […]*, *op. cit.*, § 143 ; CEDH, gr. ch., 15 mars 2012, n° 4149/04 et 41029/04, *Aksu c. Turquie*, not. § 75 et 85.

partie inspiré ces mesures, préfigurant l'intervention des pouvoirs publics. En effet, dans un mouvement de réappropriation et d'extension de ce type de formation, le législateur a entrepris depuis la fin des années 2010 d'inscrire cette ambition pédagogique dans la loi et de l'étendre au-delà du seul cadre des ressources humaines. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est relevé que le Code de l'éducation dispose depuis 2013 que le service public de l'enseignement supérieur mène une action contre les stéréotypes sexués[3577]. En parallèle, le ministère de l'Éducation nationale a inscrit dans son offre de formation continue en 2015 un module intitulé « *Diversité et lutte contre les discriminations, un enjeu de service public, un enjeu de professionnalisation* »[3578]. La loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes de 2014 prévoit quant à elle des « *actions destinées à prévenir et à lutter contre les stéréotypes sexistes* »[3579]. Depuis 2017, la formation à la non-discrimination est aussi une obligation dans certaines entreprises et dans certains cas, dans les administrations ainsi que cela a été présenté ci-dessus[3580]. Plus récemment, ce sont les centres de formation des apprentis à qui le législateur a confié la mission « *de favoriser* […] *la diversité* […] *en sensibilisant les* [acteurs de l'apprentissage] *à l'égalité des chances et à la lutte contre toutes formes de discriminations et* [aux] *avantages de la diversité* »[3581].

697. Consistance – Les destinataires et le contenu des formations et de la sensibilisation sont laissés à la discrétion de leurs auteurs. Tous les collaborateurs sont susceptibles d'être concernés, même si le cœur de cible de ces dispositifs reste les acteurs décisionnels : les dirigeants, les chefs de service, les managers ou encore les directeurs de ressources humaines[3582]. La chambre criminelle de la Cour de cassation vient de conforter l'intérêt de cibler ce public, en considérant qu'il ne résulte pas de l'article 225-1 du Code pénal que le fait pour quiconque d'opérer une distinction se traduisant par une discrimination prohibée implique qu'il la mette directement en œuvre. Il suffit que la distinction ait été proposée par une personne qui, par ses fonctions, participe au pouvoir de direction de la personne morale ou d'un de ses organes appliquant la mesure discriminatoire, pour que l'auteur de la distinction soit exposé à

[3577] Art. L. 123-6 c. éduc., issu de l'art. 11 loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 *relative à l'enseignement supérieur et à la recherche*.
[3578] CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Rapport annuel 2015, 2016, p. 67.
[3579] Art. 1er, loi n° 2014-873 du 4 août 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*.
[3580] Art. L. 1131-2 c. trav.
[3581] Art. L. 6231-2, 9° du c. trav. issu de l'art. 24, loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 *pour la liberté de choisir son avenir professionnel*.
[3582] V. par ex. ACCOR, *Accord de groupe relatif à la diversité*, 9 février 2007, p. 6 ; PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […], op. cit.*, p. 17.

des poursuites[3583]. Dans certaines situations assez spécifiques, comme celui des entreprises de travail temporaire, la sensibilisation est aussi tournée vers les clients[3584]. L'opération nécessite de lever le voile d'indifférence couvrant l'individu. Elle suppose de rompre avec une appréhension universelle et individualiste de la personne, pour reconnaître que certains individus, parce qu'ils partagent avec d'autres certains marqueurs de différenciation, font l'objet de représentations mentales d'infériorité. L'exercice de formation et de sensibilisation n'a donc rien d'anodin au regard des émois parfois suscités sur la scène publique dès lors que sont évoqués les discriminations, le racisme ou le sexisme. Dans la droite ligne de la psychologie, ces actions portent communément sur les attitudes et les comportements, afin de saisir les biais implicites associés aux attentes des décideurs. Les programmes de formation ont été conçus pour modifier les schémas cognitifs des managers de façon à corriger autant que possible l'impact des stéréotypes et des préjugés[3585]. Ces dispositifs contribuent ainsi à diffuser une culture de l'antidiscrimination[3586]. Ils sont complétés par divers guides, le plus souvent édictés par motifs de discrimination, qui s'emploient également à invalider les représentations mentales[3587]. De façon marginale, quelques organisations se lancent dans des opérations pédagogiques destinées à marquer les esprits : visionnage d'un film, tests sur les préjugés ou activités ludiques organisées à l'occasion d'évènements internationaux, comme la journée internationale pour le droit des femmes[3588].

[3583] Crim., 8 juin 2021, n° 20-80.056.

[3584] ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE, *Accord pour la non-discrimination, l'égalité de traitement et la diversité dans le cadre des activités de mise à l'emploi des entreprises de travail temporaire*, 6 juillet 2007, p. 10.

[3585] F. DOBBIN, « Les sciences sociales façonnent-elles les pratiques de lutte contre les discriminations des entreprises ? Une comparaison des cas états-unien et français », *Terrains & travaux*, n° 29, 2016, p. 133.

[3586] A. CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014, p. 94.

[3587] V. par ex. DDD, *Déconstruction des stéréotypes et des préjugés*, 2012 ; AFMD, *Nos différences font toute la différence. Devenez incollable sur la diversité*, AFMD, 2014 ; T. –M. COURAU (dir.), *Entreprise et diversité religieuse. Un management par le dialogue*, AFMD, 2013 ; C. NASCHBERGER, D. BELLION, *Comment gérer l'emploi des personnes en situation de handicap ?*, AFMD, 2010 ; DDD, *Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable*, 2017 ; M. ZUNE, *Gérer la diversité du genre et de l'âge dans les équipes IT*, AFMD, 2013 ; S. NDOYE, *Du contrat de génération au management intergénérationnel*, AFMD, 2015 ; S. HAMOUDI, *L'apport économique des politiques de diversité à la performance de l'entreprise : le cas des jeunes diplômés d'origine étrangère*, CESE, 2014 ; IMS, *Les stéréotypes sur les origines. Comprendre et agir dans l'entreprise*, 2014 ; A. COULON, D. PRUD'HOMME, P. SIMON, Le racisme et la discrimination raciale au travail, AFMD, 2018 ; DDD, *Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi*, 2017 ; DDD, *Discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020.

[3588] V. par ex. art. 2.2 ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit.* ; PSA, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit.*, p. 17.

B – Une appréhension difficile des stéréotypes et des préjugés

698. Position du problème – Les attentes suscitées par la formation et la sensibilisation sont fortes au regard de l'intérêt que leur portent les acteurs et les pouvoirs publics. Pourtant, celles-ci peinent à convaincre les spécialistes. Ce paradoxe met en exergue les limites de ces mesures, mais permet aussi d'envisager des pistes pour les améliorer.

699. Aspects organisationnels – Une première difficulté réside dans la périodicité et la qualité de ces dispositifs. Leur grande hétérogénéité n'a rien de surprenant, dans la mesure où l'autorégulation laisse une très grande marge de liberté aux organisateurs. Dans ce contexte, il faut s'attendre à ce que tous les acteurs n'investissent pas le sujet de la même façon. De manière générale, l'obligation instaurée par le Code du travail de dispenser tous les cinq ans une formation à la non-discrimination à l'embauche pour tous les employés chargés du recrutement dans les entreprises d'au moins trois cents salariés et dans les sociétés spécialisées dans le recrutement illustre les limites de la manière dont sont pensés ces modules[3589]. Au-delà de ce que son instauration peut laisser entendre de l'efficacité de mesures volontaires, le délai de cinq ans retenu dans la loi paraît assez long et le choix d'un thème unique, la discrimination à l'embauche, réduit[3590]. En outre, les garanties d'effectivité et d'efficacité de ce type de modules apparaissent assez faibles. Aucun contrôle de leur réalité, mais encore de leur aptitude concrète à participer au but poursuivi n'est prévu. À l'exception de l'obligation de former les personnes chargées du recrutement prévue par le Code du travail, leur périmètre est laissé à l'appréciation des organisations, ce qui peut conduire à ne sensibiliser et à ne former que le personnel déjà averti et volontaire[3591]. De plus, la qualité des actions de sensibilisation et de formation reste très inégale. Les employeurs eux-mêmes reconnaissent que certains sujets sont peu abordés, comme l'orientation sexuelle ou le fait religieux[3592]. Le risque de pratiques de mauvaise qualité est aussi de porter des images stéréotypées et de renforcer la distance avec l'autre[3593]. En dernière analyse sur ce point, il subsiste des interrogations sur la légitimité des organisations

[3589] Art. L. 1131-2 c. trav.
[3590] Sur la nécessité de légiférer cette formation, v. M. -A. CHAPDELAINE *in* R. HAMMADI, P. BIES, M. –A. CHAPDELAINE, *Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, en nouvelle lecture, le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à l'égalité et la citoyenneté*, AN, nº 4191, 2016, p. 318.
[3591] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015, p. 50.
[3592] V. par ex. art. 5.5, ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité […]*, *op. cit.*
[3593] M. DOYTCHEVA, *Une discrimination positive à la française ? Ethnicité et territoire dans les politiques de la ville*, Paris, La Découverte, 2007, p. 127.

pour débarrasser les consciences de leurs biais implicites. Aux États-Unis, l'entreprise de démantèlement des stéréotypes et des préjugés a ainsi donné lieu à une critique sur le contrôle social qu'elle impliquerait[3594].

700. Aspects sociopsychologiques – Une seconde pierre d'achoppement concerne la portée de la formation et de la sensibilisation. Malgré les efforts déployés depuis de nombreuses années, les stéréotypes et les préjugés perdurent. En réalité, ces dispositifs reposent sur un présupposé, celui « *qu'il est possible d'apprendre à ne pas discriminer* »[3595]. Ils sont présentés comme une réponse à des discriminations jugées systématiques, un problème que les formateurs et les cabinets de conseil ont eux-mêmes contribué à légitimer[3596]. L'engouement pour ces mesures a vu naître un véritable marché de la formation et du conseil portant sur la gestion de la diversité[3597]. Le principe de ces modules est simple : une fois que les responsables auront pris conscience de leurs pratiques et du risque juridique qu'ils encourent, ils modifieront leur façon de faire[3598]. Or, ce raisonnement est par trop simplificateur de ce que sont réellement les discriminations. Trop souvent en pratique les vertus « *opérationnelles* » de ces formations, basées sur des « *outils* »[3599] et des « *procédures* »[3600], priment la réalité d'un processus long et complexe. Des stratégies trop superficielles peuvent occulter la persistance de discriminations plus subtiles[3601]. Dans ce contexte, la déconstruction des représentations mentales ne peut advenir sans l'acquisition de compétences en matière de non-discrimination, la remise à plat des pratiques, le dépassement de contraintes organisationnelles (charge de travail supplémentaire, informations abondantes, hiérarchie incertaine ou réticente, etc.)[3602]. L'ancrage des routines de fonctionnement et les idées préconçues sont délicats à dépasser pour les managers et le personnel[3603]. L'autocensure des femmes en est un exemple. Amener les personnes à prendre conscience de leurs *a priori* et faire évoluer les mentalités collectives est

---

[3594] V. M. MERCAT-BRUNS, « La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique ? », *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 102-3.
[3595] E. HATTON, « Les impensés de la formation à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 153. Souligné dans le texte.
[3596] H. BLUMER, L. RIOT, « Les problèmes sociaux comme comportements collectifs », *Politix*, n° 67, 2004, p. 195.
[3597] E. HATTON, « Les impensés de la formation à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 149.
[3598] *Ibid*., p. 153.
[3599] *Ibid*., p. 154.
[3600] *Ibid*.
[3601] En ce sens M. MERCAT-BRUNS, « Chapitre 5. Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques. Un éclairage de la jurisprudence américaine » *in* F. MILEWSKI, H. PERIVIER (dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, Paris, PFNSP, 2011, p. 127.
[3602] E. HATTON, « Les impensés de la formation à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 154.
[3603] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […], op. cit*., 2015, p. 21.

complexe. M. Emeriau a récemment montré que cette transformation pourrait advenir davantage de l'expérience des décisionnaires, ce qui souligne le travail de longue haleine que cet objectif nécessite[3604]. Des phénomènes comme celui de la discrimination sont protéiformes et donc difficiles à appréhender. Ils ne suivent pas toujours la ligne hiérarchique et ne répondent qu'imparfaitement à la logique du droit du travail. Ils émergent de relations entre collègues, entre responsable et subordonné ou candidat, parfois des deux, pour aboutir à une différence de traitement non justifiée[3605]. Signe de la versatilité de la discrimination, de plus en plus, les autorités sont confrontées à des phénomènes de harcèlement discriminatoires[3606]. La difficulté de la tâche est renforcée par les « *discours sur la "crainte du multiculturalisme/communautarisme" ou l'intrusion de "théories étrangères"* [qui] *constituent des facteurs de frein à la sensibilisation aux risques de discrimination* »[3607] supplémentaires contribuant à alimenter ces phénomènes de façon plus ou moins consciente.

701. L'objectif est d'autant plus difficile à atteindre qu'une attention trop moralisatrice à la discrimination peut en masquer les manifestations. Lui associer de graves implications morales peut avoir des effets contreproductifs. Les sciences humaines et sociales montrent que plus les discours sur l'égalité et la non-discrimination ont un caractère idéologique et moral fort, plus les individus ont tendance à résister à l'idée qu'eux-mêmes ou l'institution qui les emploie discriminent. En rendant le problème inavouable, un discours moralisateur peut donc masquer le phénomène plutôt que le corriger. Or, si personne ne discrimine, car c'est un mal hautement abject, alors les structures d'inégalités existantes ne sont pas remises en cause[3608]. La conclusion rejoint le constat déjà formulé à propos des discriminations ethno-raciales, du glissement d'un déni à une dénégation du problème[3609]. Sous ce rapport, les formations courtes et ponctuelles

---

[3604] V. not. M. EMERIAU, « Learning to be Unbiased: Evidence from the French Asylum Office », 2020, p. 1-54, spec. p. 22.
[3605] M. MERCAT-BRUNS, « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *DS*, n° 4, 2017, p. 361-71.
[3606] Art. 1er, al. 3, 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*. V. par ex. DDD, déc. n° MLD 2015-269 du 17 novembre 2015, *Observations devant le tribunal. CPH Bobigny* ; DDD, déc. n° MLD-2014-105 du 31 juillet 2014 *relative à un harcèlement moral discriminatoire* et CA Rennes, 10 décembre 2014, n° 14/00134.
[3607] M. MERCAT-BRUNS, J. PERELMAN (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 180.
[3608] J. VRIELINK, « Le droit de l'égalité fait-il la différence ? Les effets du droit antidiscriminatoire à la lumière des recherches en sciences sociales » *in* J. RINGELHEIM, G. HERMAN, A. REA (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 62.
[3609] D. FASSIN, « Du déni à la dénégation. Psychologie politique de la représentation des discriminations » *in* D. FASSIN, E. FASSIN (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 141. V. *supra* § 367 et suiv.

pourraient avoir pour effet pervers d'éviter d'interroger l'impact des préjugés et des stéréotypes sur le fonctionnement routinier des organisations tout en les rendant encore plus inavouables[3610].

702. Ces réserves ne signifient pas pour autant que les individus vont forcément refuser d'admettre la réalité. Certaines recherches attestent de l'évolution comportementale de sujets, qui, ayant pris conscience de leurs préjugés, tâcheraient de les mettre de côté. De ce point de vue, les mesures de formations et de sensibilisation auraient un intérêt. Cependant, très vite le problème ressurgit. La difficulté serait d'ordre psychologique. Comme l'a montré D. Sabbagh à propos de l'*affirmative action* à partir des travaux de J. Elster, rendre les individus aveugles à la perception des différences ou plutôt naturellement indifférents à leur égard ne pourrait être qu'un effet secondaire nécessairement lointain de ces mesures[3611]. Certains états, dont l'ignorance des particularismes, ne pourraient se produire qu'à l'insu de l'individu. En effet, « *le désir suffit à lui seul à assurer la permanence de l'objet* […] *: désirer l'absence* […] *de quelque chose, c'est aussi lui assurer une présence mentale en tant qu'objet de l'attitude négative. En voulant la non-existence de l'objet, on lui confère une existence* »[3612]. Par conséquent, l'invalidation des stéréotypes et des préjugés ne pourrait résulter d'un acte de conscience et ferait partie de ces états mentaux « *qui ont pour propriété de ne pouvoir se réaliser qu'en tant qu'effets secondaires d'actions entreprises à d'autres fins* »[3613]. Ainsi, reconnaître publiquement que la finalité de la formulation est de rendre l'organisation *color-blind* risquerait d'amener les individus à se dire : « *rappelle-toi qu'il ne faut jamais penser à cette chose interdite* [qu'est la différence de l'autre] »[3614] ce qui exige « […] *d'y penser, et même constamment, afin de ne pas y penser* »[3615].

703. Ces études suggèrent aussi qu'à cause des coûts motivationnels et cognitifs engendrés par cette tentative de mise à l'écart, les individus tendent à restaurer les déterminants collectifs par des voies détournées. Dans le domaine de l'embauche, des enquêtes ont montré que les employeurs avaient tendance à réinterpréter les critères requis pour occuper un poste en

---

[3610] M. DOYTCHEVA, *Une discrimination positive à la française ? […]*, *op. cit.*, p. 128.
[3611] D. SABBAGH, *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, p. 319-22.
[3612] J. ELSTER, *Le Laboureur et ses enfants. Deux essais sur les limites de la rationalité*, Paris, Éd. de Minuit, 1986, p. 21.
[3613] *Ibid.*, p. 21.
[3614] J. ELSTER, *Psychologie politique*, Paris, Éd. de Minuit, 1990, p. 81.
[3615] *Ibid.*, p. 81.

fonction des caractéristiques sociodémographiques des candidats qu'ils souhaitent favoriser ou écarter. Ainsi, les recruteurs seraient susceptibles de changer *a posteriori* la hiérarchie de leurs critères de sélection, afin de favoriser les candidats dont les attributs sociodémographiques correspondent à l'image qu'ils se font de la personne idéale pour occuper le poste à pourvoir. Ce remaniement idiosyncrasique en faveur de l'individu qui correspond le mieux au profil type selon des critères perçus comme étant neutres (la richesse des expériences professionnelles, la pertinence de la formation, les compétences) permet aux préjugés de s'exprimer insidieusement sans référence aux critères sociodémographiques des candidats ni aux stéréotypes qui leur sont associés. Or, de telles justifications peuvent être considérées comme légitimes dans une décision d'embauche. Le processus est d'autant plus pervers qu'il est souvent parfaitement inconscient. Les recruteurs peuvent penser de bonne foi que leur décision est objective[3616].

704. En définitive, l'éducation aurait un impact limité pour lutter contre les schémas cognitifs infériorisant : la vérité, le droit ou les sentiments moraux ne suffiraient pas toujours à provoquer un changement. Un ancien formateur confesse que les formations dispensées en application des normes traitant de la diversité n'ont souvent pas d'incidence significative sur le fonctionnement de l'organisation autre que des signalements qui ne l'auraient pas été avant, même si tout le personnel a été formé[3617]. Cet effet apparaît insuffisant, dès lors qu'appréhender la discrimination par l'introduction d'une culture de réclamations maintient une perception individuelle des causes discriminatoires[3618]. Le travail de déconstruction est un exercice d'endurance d'autant plus malaisé qu'il est difficile d'accès pour les petites structures et qu'il s'inscrit dans un contexte globalisé et digital en perpétuelle évolution[3619]. S'il n'appartient pas aux employeurs de prendre en charge à eux seuls ces problèmes sociaux, ils ont indéniablement un rôle à jouer. Pour ce faire, des standards minimaux pourraient être fixés, comprenant par exemple des objectifs précis et un système d'évaluation des formations[3620]. Ces dernières gagneraient également à être dotées de ressources solides, en particulier sur la question des biais implicites, ainsi qu'à être assorties d'une durée adaptée à l'apprentissage et régulièrement

[3616] S. DELROISSE, G. HERMAN, V. YZERBYT, « La justification au cœur de la discrimination : vers une articulation des processus motivationnels et cognitifs », *Revue internationale de psychologie sociale*, n° 2, 2012, p. 73-96.
[3617] E. HATTON, « Les impensés de la formation à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 156 et 159-60.
[3618] T. GREEN, *Discrimination laundering : the rise of organizational innocence and the crisis of equal opportunity law*, Cambridge University Press, 2017, p. 84 cité par M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *LRDH*, n° 14, 2018, § 49.
[3619] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, 2015, p. 21.
[3620] En ce sens, E. HATTON, « Les impensés de la formation à la non-discrimination », *op. cit.*, p. 160.

renouvelée[3621]. Plus largement, responsabiliser les managers peut sembler une entreprise vaine s'ils ne sont pas évalués sur leurs capacités à respecter et à faire appliquer les politiques de diversité de l'organisation[3622]. Pour les psychologues et les sociologues, l'important est d'aider les recruteurs à prendre conscience de la manière dont les marqueurs de différenciation sont constamment à l'œuvre dans nos vies sociales et professionnelles. De leur point de vue, cette voie d'intervention serait plus féconde pour les intéressés que de marteler que le problème est celui de leurs *« préjugés raciaux profondément enracinés »*[3623]. En outre, des recherches menées aux États-Unis ont montré que ces pratiques ne produisent pas les mêmes effets selon qu'elles sont prises isolément ou non. La sensibilisation et la formation des responsables semblent donner de meilleurs effets lorsqu'elles sont appuyées sur des mesures qui établissent une responsabilité organisationnelle et renouvellent les outils de gestion des ressources humaines[3624].

§ 2 – La représentation de la diversité de la société française

705. Position du problème – Plan – Depuis quelques années, la représentation de la diversité est devenue un objectif politique, militant, mais aussi juridique. En effet, un certain nombre de normes portent sur la représentation de la diversité de la société française. Cet objectif est difficile à saisir. Par certains aspects, la « *mise en visibilité* »[3625] de la diversité ou à tout le moins sa valorisation, semble avoir pour finalité d'infléchir les stéréotypes et les préjugés (A). À cet égard, la représentation de la diversité vise à renforcer l'inclusion dans les sphères sociales concernées. Cependant, la représentation recherchée semble paradoxale et ambigüe. En définitive, la participation de cet objectif à la déconstruction des imaginaires collectifs est donc aussi incertaine que fragile (B).

[3621] CGET, *Guide méthodologique et cas pratiques : Prévention et lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, 2015, p. 31 ; O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier Ministre, 2017, p. 25.
[3622] DDD, *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi […]*, *op. cit.*, 2015, p. 72.
[3623] Y. MEZIANI-REMICHI, M. MAUSSEN, « Recruitment in public administrations […] », *op. cit.*, p. 1692.
[3624] V. A. KALEV, F. DOBBIN, E. KELLY, « Best Practices or Best Guesses? Assessing the Efficacy of Corporate Affirmative Action and Diversity Policies ». *American Sociological Review*, n° 71, 2006, p. 589-617.
[3625] J. STAVO-DEBAUGE, « L'invisibilité du tort et le tort de l'invisibilité », *Espacestemps.net*, 2007, p. 16.

A – La difficulté d'appréhender la représentation de la diversité

706. Position du problème – Plan – À l'heure où le gouvernement des États-Unis est salué pour représenter la diversité de ce pays, il convient d'analyser ce que recouvre cette expression dans le droit positif national[3626]. Une brève recherche sur le site Légifrance indique par exemple que la réserve citoyenne « *représente la société française de manière équilibrée et dans toute sa diversité* »[3627]. De même, la représentation de la diversité est recommandée dans la composition d'instances administratives comme la CNCDH[3628]. Avec une formulation différente, l'exposé des motifs de la loi relative à l'Égalité et à la citoyenneté énonce que « *la fonction publique se doit d'être le reflet de la société qu'elle sert* »[3629]. Ce texte rappelle que la diversité sociodémographique est l'un des objectifs poursuivis avec les traitements compensatoires adoptés dans les administrations et dans les grandes écoles[3630]. En l'occurrence, ces mesures sont justifiées par le fait que « *la fonction publique est une émanation de la Nation et se doit d'être le reflet de ses composantes donc de sa diversité* »[3631]. Dans l'audiovisuel, le CSA est chargé depuis 2006 de veiller à ce que la programmation audiovisuelle « *reflète la diversité de la société française* »[3632]. Au fil des ans, la loi Léotard a été enrichie en ce sens. Cette obligation s'adresse aux sociétés nationales de programmes, ainsi qu'aux autres éditeurs de services audiovisuels[3633]. La représentation de la diversité de la société française ne concerne donc pas uniquement les institutions administratives, mais aussi le secteur économique. Ce projet figurait d'ailleurs dès l'origine dans la Charte de la diversité. La version actuelle de ce texte invite à « *favoriser la représentation de la diversité de la société française dans toutes ses différences et ses richesses, les composantes culturelle, ethnique et sociale, au sein des effectifs*

3626 S. LE BARS, « Avec Joe Biden, toute la diversité des États-Unis au pouvoir », *Le Monde*, 2 avril 2021.
3627 Annexe, 2.11.2, loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 *relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale*.
3628 Annexe, I. 1. arr. n° NOR : PRMX1910549A du 10 avril 2019 *relatif à la composition de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*.
3629 Exposé des motifs, loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.
3630 V. par ex. al. 2 circ. n° 2000-29 du 20 novembre 2000 *concernant la mise en œuvre expérimentale de préparations rémunérées aux concours d'accès à la fonction publique au bénéfice des demandeurs d'emploi des quartiers prioritaires de la politique de la ville* ; al. 3 circ., n° 2010-0015 du 17 février 2010 *relative aux Classes préparatoires aux grandes écoles. Admission des étudiants - rentrée 2010* ; ENM, *Rapport d'activité 2016*, 2017, p. 12 ; al. 1er, circ. n° NOR : RDFF1710873C du 3 avril 2017 *relative à la mise en œuvre de la politique d'égalité, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité dans la fonction publique*.
3631 O. ROUSSELLE, P. PANNIER, « La fonction publique doit s'ouvrir à une plus grande diversité de profils et de compétences », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 11.
3632 Art. 47 loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 *pour l'égalité des chances*.
3633 Art. 3-1, 20-1A, 43-11, 44, 45-2, 48 loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication (Loi Léotard)*.

et à tous les niveaux de responsabilité »[3634]. Refléter la population semble aussi être l'objectif que se sont donné certaines entreprises. À titre d'illustration, dans un accord professionnel récent, les partenaires sociaux considèrent que « *lors du recrutement, les candidats retenus doivent tendre, à compétences, expériences et profils équivalents, à correspondre à la représentation et à la diversité de la société française parmi l'ensemble des candidats* »[3635]. Au milieu des années 2000, la représentation de la diversité a également constitué une structure d'opportunité majeure pour renouveler la question de la place des personnes perçues comme « non-blanches » en politique[3636]. Désormais, le sujet est ravivé à l'occasion de chaque séquence politique[3637].

707. Ce bref panorama atteste de la rapidité et de la fortune avec laquelle cet objectif s'est imposé dans un État où l'exercice de la citoyenneté s'est construit contre toute forme d'allégeance à des corps intermédiaires et où l'expression des particularismes sur la scène publique est traditionnellement en contradiction avec la figure abstraite du citoyen[3638]. Le flou et la polysémie de l'expression la rendent accommodable dans une multiplicité de référentiels idéologiques[3639]. La seule existence de cette pluralité de référentiels pourrait justifier une étude approfondie sur la représentation de la diversité, en fonction des sujets qu'il convient de représenter ou des contextes dans lesquels il s'agit de le faire. Dans la perspective d'une analyse plus restreinte sur la déconstruction des stéréotypes et des préjugés qui nourrissent la discrimination, il apparaît d'ores et déjà que l'expression n'est pas pertinente, car elle contribue à alimenter certaines confusions (1). De nature équivoque, cette formule ne rend pas compte des objectifs vraisemblablement visés (2).

[3634] § 3, Charte de la diversité, 2018. V. aussi § 3, Charte de la diversité, 2004.
[3635] MUTUALITE FRANÇAISE PACA SSAM, *Accord d'entreprise relatif à la lutte contre les discriminations et sur la diversité*, 24 janvier 2020, p. 6. V. aussi KILOUTOU MODULE, *Accord relatif à la gestion de carrière au sein de la SAS Kiloutou Module*, 30 novembre 2020, p. 9.
[3636] P. SIMON, A. ESCAFRE-DUBLET, « Représenter la diversité en politique : une reformulation de la dialectique de la différence et de l'égalité par la doxa républicaine », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 135.
[3637] V. par ex. E. KESLASSY, *Quelle place pour les minorités visibles ? Retour sur les élections régionales de mars 2010*, Institut Montaigne, 2010 ; L. ROUBAN, *Les députés de 2012 : quelle diversité ?*, CEVIPOF, 2012 ; A. MOINE, « La résurgence des interrogations relatives à la représentativité des élus lors de la campagne présidentielle de 2017 », *Civitas Europa*, n° 39, 2017 p. 181-201 ; L. MOTET, « Diversité ethnique : le gouvernement Philippe ne fait pas mieux que les précédents », *Le Monde*, 24 mai 2017.
[3638] Dès la campagne pour les élections présidentielles de 2007, les deux principaux partis ont manifesté cette préoccupation. V. V. GEISSER, « Minorités visibles versus majorité invisible : promotion de la diversité ou de la diversion ? », *Migrations Société*, n° 111-2, 2007, p. 5 ; LE MONDE, « Nicolas Sarkozy charge Basile Boli d'une mission sur la diversité », *Le Monde*, 8 février 2007.
[3639] P. SIMON, A. ESCAFRE-DUBLET, « Représenter la diversité en politique […] », *op. cit.*, p. 138.

1 – Une formule non pertinente

708. Position du problème – Plan – L'intérêt d'invalider les stéréotypes et les préjugés derrière cette formule de représentation de la diversité est douteux. Cette circonspection tient à la polysémie du mot représentation (a) et à l'ambiguïté téléologique de l'expression, en fonction des situations dans lesquelles elle est mobilisée (b).

a – La polysémie du mot « représentation »

709. Position du problème – Quel que soit le prisme disciplinaire retenu, la représentation est une notion éminemment polysémique. Toute définition unitaire semble veine. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que le *Vocabulaire juridique* en recense plus d'une quinzaine d'acceptions pour le seul champ juridique[3640]. Cette polysémie nuit à l'appréhension de cette formule de représentation de la diversité, indépendamment des contextes d'élocution.

710. La représentation, un mécanisme juridique – Dans un sens figuré devenu courant, la représentation consiste pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir (légal, judiciaire, conventionnel, démocratique) d'agir ou de décider au nom et pour le compte d'une autre[3641]. La notion ne désigne pas seulement un fait, mais bien « *un mécanisme juridique, et au-delà même du mécanisme, la théorie qui l'explique* »[3642]. O. Bui-Xuan a proposé de clarifier cette notion au moyen de quatre idéaux types, non exclusifs l'un de l'autre[3643]. La représentation-mandat correspond à la situation où un mandant accorde au mandataire le droit d'agir pour lui et pour son compte, ce dernier s'engageant à défendre les intérêts du mandant conformément à ses recommandations (mandat impératif, mandat du représentant de l'État). La représentation-transfert correspond à un transfert de pouvoir et d'indépendance au représentant par le consentement du représenté (mandat représentatif rattaché à la souveraineté nationale, mandat des délégués du comité social et économique). La représentation-habilitation désigne le pouvoir d'agir pour le compte du représenté en vertu d'une autorisation extérieure, accordée notamment par un texte juridique, sans le consentement du représenté et avec une forte indépendance (représentation légale du mineur, représentant nommé des personnes morales, jurys populaires des cours d'assises). Enfin, la représentation-incarnation signe la création d'une personne

[3640] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014, p. 902-4.
[3641] En ce sens, *ibid.*, p. 903.
[3642] P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000, p. 4.
[3643] O. BUI-XUAN, « Propos introductifs » *in* O. BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 13-4.

morale par le fait même de la désignation du représentant, appelé par ailleurs à personnifier la collectivité (le roi incarnant l'État dans l'Ancien Régime, les théories de l'État chez Hobbes ou Carré de Malberg)[3644]. Si ces idéaux types permettent de mieux cerner le mécanisme de la représentation, ils montrent aussi que sans de plus amples précisions sur les représentants et les représentés, la représentation de la diversité ne peut être rattachée à aucun d'eux. Au premier abord, il est donc impossible de déterminer si la formule renvoie à une véritable représentation ou à une homonymie de nature littérale.

711. La représentation dans les sciences politiques – Quittant le terrain de la technicité juridique pour celui de la philosophie politique, de nombreux auteurs ont tenté de préciser le sens de la représentation, à travers l'idée générale qu'elle a pour effet de rendre présent ce qui est absent[3645]. J. –M. Denquin identifie trois sens du verbe représenter. Selon lui, le mot signifie d'abord « *tenir lieu de* »[3646], c'est-à-dire que le représentant supplée le représenté ou se substitue à lui. Il signifie également être le « *porte-parole de* »[3647]. Enfin, dans une troisième acception, représenter signifie « *ressembler à* »[3648]. La représentation se démarque alors par sa dimension sociologique. Dans ce cadre, peu de textes ont eu autant d'influence sur la représentation que l'ouvrage de H. Pitkin paru en 1967[3649]. La philosophe y distingue notamment la représentation substantielle (*substantive representation*) de la représentation descriptive (*descriptive representation*). La première correspond à « *agir pour* » (*acting for*). Elle se rapproche de la représentation mandat bien que plus exigeante que le mandat représentatif électoral, car elle implique un contrôle des représentants par les représentés. La seconde est empruntée par l'auteure à A. P. Griffiths et R. Wollheim[3650]. Selon son analyse, la représentation descriptive renvoie à l'idée de « *valoir pour* » ou « *tenir lieu de* » (*standing for*) sans, en l'occurrence, que les représentants soient investis d'une mission de défense des intérêts des représentés[3651]. Par la suite, cette dichotomie a été largement travaillée par la science

---

[3644] Sur la représentation incarnation en philosophie politique, v. S. HAYAT, C. PENEAU, Y. SINTOMER (dir.), « La représentation-incarnation », *Raisons politiques*, n° 72 (dossier), 2018, p. 5 et suiv.
[3645] Pour un aperçu, v. par ex. Y. SINTOMER, « Les sens de la représentation politique : usages et mésusages d'une notion », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 13-34.
[3646] J. –M. DENQUIN, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Cahiers du Cons. const.*, n° 28, 2008, p. 95-8.
[3647] *Ibid*.
[3648] *Ibid*.
[3649] H. PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.
[3650] A. PHILIPS GRIFFITHS, R. WOLLHEIM, « How Can One Person Represent Another ? », *Aristotelian Society*, suppl., vol. n° 34, 1960, p. 187-224, spec. par 188 et suiv.
[3651] A. ZARCA, « Représentation et représentativité dans les organes de participation de la fonction publique » *in* O. BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 167, NBP n° 43.

politique contemporaine[3652]. A. Phillips, notamment, a proposé un modèle politique qu'elle appelle « *politique de la présence* » (*Politics of Presence*) et qu'elle oppose à la « *politique des idées* » (*Politics of Ideas*)[3653]. Alors que cette dernière se rapproche de la représentation mandat, la politique de la présence s'inspire de la représentation descriptive et l'approfondit. Avec ce modèle, les institutions politiques doivent être représentatives de la population et notamment des groupes sociaux en situation minoritaire dans la société[3654]. La représentation descriptive et ses variations impliquent un principe de ressemblance entre les membres de ces groupes et les représentants, qui rappelle l'idée de représentation de la diversité de la société française. Pour définir quels groupes représenter et dans quelle proportion, des auteurs ont affiné la représentation descriptive au moyen d'autres sous-ensembles, ce qui ajoute un peu plus à la profusion des notions[3655]. Surtout, avec la représentation descriptive, la représentation glisse vers la représentativité. Les deux termes sont d'ailleurs parfois confondus à travers l'adjectif représentatif qui embrasse les deux acceptions[3656].

712. La représentativité – À nouveau, la représentativité est marquée par l'équivocité. La représentativité peut être celle des idées ou des intérêts. Selon le Larousse, elle est la « *qualité d'un* […] *groupement dont l'audience dans la population fait qu'il peut s'exprimer valablement en son nom* »[3657]. Néanmoins, elle peut aussi être plus sociologique. Elle se définit alors spontanément comme le « *caractère d'un organe politique ou professionnel, ou d'un groupement dont la composition reflète le peuple ou la nation ou une catégorie déterminée de la population* »[3658]. Dans cette acception, les représentants sont à l'image des représentés. Comme eux, ils portent un élément de spécification se rapportant au groupe (sexe, situation de handicap, religion, etc.) ou encore à la situation socioéconomique (CSP, localité, etc.). Tel un miroir, ils reflètent les apparences et les appartenances de la société civile[3659]. La difficulté de distinguer ces deux acceptions de la représentativité est renforcée par le fait qu'elles ne sont pas

---

[3652] V. par ex. M. S. WILLIAMS, *Voice, Trust, and Memory : Marginalized Groups and the Failings of Liberal Representation*, Princeton, Princeton University Press, 1998.
[3653] A. PHILLIPS, *The Politics of Presence*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
[3654] S. PIERRE-CAPS, « Les minorités et la notion de représentation », *Cahiers Cons. const.*, n° 23, 2008, p. 86-90.
[3655] Tels que la représentation microcosmique, basée sur un échantillon des groupes sociaux proportionnel à leur part dans la société et la représentation sélective. V. J. MANSBRIDGE, « Les Noirs doivent-ils être représentés par des Noirs et les femmes par des femmes ? Un oui mesuré », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 56-7.
[3656] O. BUI-XUAN, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 18.
[3657] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 904.
[3658] *Ibid.*
[3659] G. KOUBI, « Une notion de "parti politique" à réviser... au prisme d'un label à venir de la "diversité" », *Droit Cri-Tic*, 16 décembre 2008.

forcément exclusives l'une de l'autre[3660]. Elles ont en commun d'être une condition de la légitimité de la composition d'une instance ou d'un organe. La métaphore du miroir fonde une présomption de solidarité du représentant avec les représentés au regard de leurs singularités communes dans l'exercice de ses fonctions[3661]. La personnalité et la biographie des représentants exprimeraient des expériences communes au groupe, à même d'influencer la façon dont ils rempliraient leurs fonctions. À suivre le Comité onusien pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes par exemple, les démocraties se priveraient d'une perspective particulière liée à l'expérience féminine en ne confiant les décisions politiques presque exclusivement qu'aux hommes[3662]. Ainsi, dans une logique identitaire, la ressemblance pourrait aller jusqu'à la défense des idées et des intérêts du groupe.

713. Appréciation – Bien que la représentativité soit très éloignée de la représentation-mandat traditionnelle, les deux dimensions ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Une assemblée politique peut tout à fait comprendre des représentants des citoyens dont la composition sociologique ressemble à la leur. À côté de cette acception, l'objectif de représentativité tend à se diffuser dans toutes les sphères de la vie sociale, sous la formule de représentation. La représentativité est alors déconnectée de la représentation. En effet, la représentation de la diversité dans l'administration, l'entreprise ou même l'audiovisuel fait naître une confusion avec le mécanisme juridique de la représentation-mandat, alors qu'un tel régime est inexistant en l'espèce. Certes, le droit administratif n'ignore pas le mandat, à l'exemple de l'habilitation par laquelle la personne chargée de la direction d'un établissement public va le représenter ou du mandat par lequel les ambassadeurs et les préfets représentent l'État[3663]. De même, les personnes qui siègent dans une entreprise peuvent, dans certains cas, incarner la personne morale ou recevoir un mandat d'agir pour un groupe de membres du personnel ou d'employeurs, comme les délégués du comité social et économique. Cette expression prête d'autant plus à confusion qu'elle laisse penser que les individus représentés sont des représentants d'intérêts du groupe. Outre la difficulté d'identifier les intérêts des groupes sociaux qui peut rapidement devenir un problème insoluble avec un tel modèle de

---

[3660] O. BUI-XUAN, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 15.
[3661] L. JAUME, « Représentation » *in* D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 1339.
[3662] S. GROSBON, « La transfiguration de l'espace publique » *in* D. ROMAN, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Editions Pedone, 2014, p. 308. V. aussi la Déclaration d'Athènes du 3 novembre 1992 adoptée à l'occasion du premier sommet européen « *Femmes au pouvoir* ».
[3663] N. KADA, « Quelle représentation pour le préfet » *in* O. BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 203-15.

représentation[3664], ces personnes ne représentent jamais un groupe social ayant en commun de partager des caractéristiques sociodémographiques, telles qu'une origine géographique, une langue ou une religion par exemple. En l'état du droit positif, l'expression de représentation de la diversité est donc malvenue, puisqu'elle confond représentation et représentativité[3665].

b – L'équivocité téléologique de la représentation

714. Position du problème – Le renforcement de la présence des groupes en situation minoritaire est souvent nécessaire lorsque la proportion de leurs membres dans les lieux de pouvoir est largement en deçà de celle que le système devrait leur accorder. L'introduction d'un mécanisme destiné à améliorer leur représentativité est conçue pour corriger les effets de la sélection négative qui interfère dans la propension naturelle d'une partie des individus à y accéder[3666]. Plusieurs objectifs peuvent motiver un tel dispositif en fonction des contextes d'implantation. De manière générale, il peut s'agir de prévenir les conflits au sein des États plurinationaux ou de corriger les discriminations indirectes qui tiennent à l'écart des lieux d'influence une partie de la population[3667]. Dans tous les cas, cette exigence n'est jamais conçue de manière absolue, mais seulement comme moyen de réduire les écarts les plus choquants[3668]. De nombreux systèmes juridiques connaissent aujourd'hui des règles de composition visant à renforcer la présence de groupes sociaux minoritaires au sein des assemblées élues ou dans les institutions[3669]. Les mesures entreprises vont de l'aménagement du processus électif à une représentativité garantie[3670]. En France, il y a une pénétration croissante de la question de la représentativité sociodémographique dans les domaines où elle était absente, parfois au prix de controverses[3671]. Cependant, avec la représentation de la diversité, les objectifs poursuivis sont ambigus. Cette ambiguïté est héritée des débats sur la représentation-miroir dans les assemblées

---

[3664] W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, p. 201-2.
[3665] O. BUI-XUAN, « La "représentation équilibrée entre hommes et femmes", une catégorie juridique équivoque », *RDP*, n° 2, 2015, p. 431-50.
[3666] J. MANSBRIDGE, « Les Noirs doivent-ils être représentés par des Noirs […] », *op. cit.*, p. 57.
[3667] V. par ex. art. 2 *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques*, 18 décembre 1992 ; art. 15, Conv. -cadre pour la protection des minorités nationales, 10 novembre 1994 ; S. HAYAT, « La représentation inclusive », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 115-35.
[3668] J. CHEVALLIER, « Synthèse » *in* O. BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 247.
[3669] C'est le cas des minorités linguistiques, religieuses et raciales dans les assemblées politiques en Colombie et en Inde ou dans les cours suprêmes belge et canadienne, israélienne ou sud-africaine.
[3670] Pour une typologie des mesures, v. par ex. J. MANSBRIDGE, « Les Noirs doivent-ils être représentés par des Noirs […] », *op. cit.*, p. 73-5.
[3671] V. not. CEDH, sect., 19 avril 2018, n° 41841/12, *Ottan c. France*, spec. § 65 : *CCE*, n° 1, 2019, p. 14 obs. F. LYN ; *LGP*, n° 42, 2018, obs. B. DE BELVAL.

(α) et de la bureaucratie représentative dans l'emploi public (β), alors même que le système juridique ne laisse guère de place à ces deux théories.

α – La confusion avec la représentation-miroir dans les assemblées politiques

715. Des tensions entre représentation politique et représentativité – Avec le suffrage dit universel en 1848 et le droit de vote des femmes en 1944, la conception classique de la représentation fondée sur l'universalisme abstrait et l'indivisibilité de la souveraineté a été sensiblement perturbée. En effet, dès lors que le suffrage est devenu un droit individuel, il n'a plus été possible d'en rapporter l'exercice à la figure abstraite du citoyen[3672]. Cette évolution a débouché sur la question de savoir quelle était la représentation politique la plus juste[3673]. Le constat de l'inaccomplissement et du dysfonctionnement de l'universalisme républicain, ainsi que l'érosion de la confiance dans le personnel politique, constituent la toile de fond des arguments contemporains favorables à la représentativité dans les assemblées élues[3674]. La « *crise dans la démocratie* »[3675] réactive les tensions sur la représentativité des représentants et sur le renouvellement de la classe politique qui avaient émaillé les contestations ouvrières du XIX^{e} siècle[3676]. La sociologie de P. Bourdieu notamment, a dépeint la représentation comme un moyen de domination[3677]. Suivant ces travaux, le pouvoir est accaparé par une élite homogène, largement dominée par des hommes perçus comme « blancs », au capital social élevé et fonctionnant en vase clos. La représentativité est avancée comme la solution pour résorber cet écart créé par le jeu de la représentation[3678]. Pour démocratiser le pouvoir, il faut rendre les élus perméables à la société, afin qu'ils reflètent plus fidèlement la diversité des intérêts et des composantes sociales. Le rapport des représentants aux représentés est alors modifié : ce n'est pas la représentation – mécanisme juridique – qui fait d'un individu un représentant, mais la ressemblance – sociologique – qui est censée susciter et légitimer la représentation[3679]. C'est dire si les mots « représentation », « représentant » ou « représenter » ne sont plus cantonnés

---

[3672] S. PIERRE-CAPS, « Représenter la société civile ? » *in* A. LE POURHIET, B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et *al*. (dir.), *Représentation et représentativité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 29.
[3673] O. BUI-XUAN, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 9.
[3674] V. par ex. L. JAUME, « La représentation : une fonction malmenée », *Pouvoirs*, n° 120, 2007, p. 5-16.
[3675] M. GAUCHET, « Crise dans la démocratie » *in* J. –V. HOLEINDRE, B. RICHARD (dir.), *La démocratie. Histoire, théories, pratiques*, Paris, Éd. Sciences humaines, 2010, p. 79-91.
[3676] V. J. REYNAUD, « De la nécessité d'une représentation spéciale pour les prolétaires », *Revue encyclopédique*, avril 1832, p. 1-20 et le *Manifeste des Soixante*, publié en 1864 par un groupe d'ouvriers parisiens.
[3677] V. par ex. P. BOURDIEU, « La représentation politique. Éléments pour une théorie du champ politique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales Année*, n° 36-7, 1981, p. 3-24.
[3678] J. CHEVALLIER, « Synthèse », *op. cit.* p. 267.
[3679] J. –M. DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, n° 4, 2010, p. 12.

dans une acception juridique technique, mais reflètent la polysémie que ces termes revêtissent, y compris en droit[3680].

716. Le précédent de la parité – Bien que la représentativité ne figure pas dans la Constitution à l'issue des deux révisions de 1999 et 2008, l'objectif a structuré les débats sur l'introduction de la parité en politique. Pour dépasser le véto opposé par le Conseil constitutionnel à l'introduction de quotas au bénéfice de candidatures électorales féminines[3681], la thématique de l'égalité des sexes a été éclipsée par les défenseurs de la parité au profit de celle de la représentativité[3682]. Le problème est formulé non en termes de discrimination, mais de représentation-miroir[3683]. C. Achin a montré comment le rapport d'identité des représentés aux représentants a été constamment mobilisé dans les débats sur le projet de loi constitutionnelle[3684]. Si à ce jour le mouvement pour la parité a seul débouché sur une révision constitutionnelle, l'une des conclusions auxquelles arrive la politologue A. Phillips est que le transfert de ce type d'outil vers d'autres groupes sociaux est, de son point de vue, théoriquement souhaitable « *to ensure a fair representation of French Morrocans in Assemblee nationale or German Turks in the Bundestag* »[3685].

717. Les discussions sur la représentation de la diversité en politique ont émergé dans le sillage de la parité, en dépit des précautions prises par les initiatrices de ces mobilisations pour circonscrire leur démarche à l'universalité des sexes[3686]. La dialectique de la différence et de l'égalité a été reformulée autour d'un modèle impérieux de représentation[3687]. L'idée qui sous-tendait la démarche paritaire a été étendue aux groupes en situation minoritaires qui partagent avec les femmes un certain nombre de caractéristiques : ils ne défendent pas les intérêts d'un groupe social en particulier, ne sont les porte-parole d'aucune communauté culturelle identifiable et sont confrontés à des représentations collectives et des pratiques discriminatoires

---

[3680] *Ibid.*, p. 14.
[3681] Cons. const., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Quotas par sexe*, cons. n° 7 ; Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, cons. n° 12.
[3682] Sur cet épisode, v. L. BERENI, E. LEPINARD, « Les femmes ne sont pas une catégorie : les stratégies de légitimation de la parité en France », *RFSP*, n° 1, 2004, p. 71-98.
[3683] V. E. GUIGOU, *Déclaration sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes*, Assemblée nationale, 15 décembre 1998.
[3684] C. ACHIN, « Représentation miroir vs parité. Les débats parlementaires relatifs à la parité revus à la lumière des théories politiques », *Droit et société*, n° 47, 2001, p. 248-54.
[3685] A. PHILLIPS, *Multiculturalism Without Culture*, Princeton, Princeton University Press, 2007, p. 167 citée par P. SIMON, A. ESCAFRE-DUBLET, « Représenter la diversité en politique […] », *op. cit.*, p. 140.
[3686] F. GASPARD, C. SERVAN-SCHREIBER, A. LE GALL, *Au pouvoir, citoyennes ! Liberté, égalité, parité*, Paris, Seuil, 1992, p. 73.
[3687] P. SIMON, A. ESCAFRE-DUBLET, « Représenter la diversité en politique […] », *op. cit.*, p. 125-41.

qui les maintiennent à l'écart des mandats électifs[3688]. Naturellement, les artisans de cette question s'inspirent des arguments qui ont fait le succès de la parité[3689]. Cependant, les termes du débat évoluent. Pour la parité, il s'est avéré délicat pour des raisons stratégiques de faire le lien entre le manque de représentativité des assemblées et la discrimination. Tel n'est pas le cas avec la représentation de la diversité, notamment défendue pour répondre aux discriminations dans les instances politiques[3690]. Toutefois, à l'instar de certains discours sur la parité, une ambiguïté demeure quant à la question de savoir s'il s'agit de défendre les intérêts catégoriels des représentés. S'il est douteux d'imaginer que chaque groupe voterait de façon monolithique, M. Avanza a bien montré l'ambivalence de la logique de représentativité qui s'exerce au corps défendant des représentants. S'ils affirment ne pas représenter une communauté en particulier, pas plus que l'ensemble des groupes en situation minoritaire ou les quartiers de la géographie prioritaire, ils sont perçus comme tels aux yeux des autres. Eux-mêmes semblent hésiter constamment entre deux versions de la figuration : la symbolisation et l'identification[3691].

718. L'exclusion de la représentativité de la sphère politique – Au regard des principes juridiques de la représentation, il y a pourtant un présupposé majeur à prétendre que la population, dans la diversité de ses composantes, n'est pas suffisamment représentée dans l'exercice du pouvoir politique. D'une part, malgré quelques propositions plus ou moins radicales, aucun texte n'a instauré une représentativité de la diversité s'agissant du Parlement ou des assemblées locales[3692]. D'autre part, si les représentants ne sont pas toujours démographiquement représentatifs, ils n'en demeurent pas moins des représentants de la Nation[3693]. Le postulat selon lequel pour être légitime la représentation devrait reposer sur un principe isomorphique ne correspond pas aux fondements de la représentation. L'une repose

---

[3688] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 2016, p. 95.
[3689] Pour un aperçu de ces arguments, v. E. KESLASSY, *Ouvrir la politique à la diversité*, Institut Montaigne, 2009, p. 14 et 39 ; E. FASSIN, « Les couleurs de la représentation. Introduction », *RFSP*, n° 4, 2010, p. 657.
[3690] V. par ex. V. GEISSER, Y. SOUM, *Discriminer pour mieux régner. Enquête sur la diversité des partis politiques*, Paris, Broché, 2008 ; B. NABLI, G. PAU-LANGEVIN, « En finir avec la discrimination des élus issus des minorités visibles », *Le Monde*, 9 novembre 2010. V. ég. à propos de la situation des femmes, I. BOUCOBZA, C. GIRARD, « Représentation ou représentativité des femmes dans les institutions politiques » *in* O. BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 102-4.
[3691] V. M. AVANZA, « Qui représentent les élus de la "diversité" ? Croyances partisanes et points de vue de "divers" », *RFSP*, n° 4, 2010, p. 745-67.
[3692] V. par ex. J. ATTALI, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Rapport au Président de la République, 2008, p. 131 (imposition la diversité par quotas dans les élections municipales, régionales, nationales, européennes et syndicales) ; C. BARTOLONE, M. WINOCK, *Refaire la démocratie*, Rapport à l'Assemblée nationale, n° 3100, 2015, p. 50 et suiv., spéc. p. 53 (favoriser une plus grande diversité du personnel politique en introduisant une représentation proportionnelle à l'Assemblée nationale).
[3693] En ce sens, W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle […]*, op. cit., p. 198-9.

sur une dissonance politico-affective (les représentants ne nous représentent pas), l'autre sur une théorie constitutionnelle et des mécanismes qui produisent des effets de droit (les représentants veulent pour la Nation)[3694].

719. Jusqu'à la Révolution, les états généraux de l'Ancien Régime représentaient les trois ordres du pays. Le système mêlait représentation juridique et représentativité sociologique, grâce à l'unité de l'État qu'incarnait le roi[3695]. À la Révolution, la recherche de l'unité a eu raison de la représentativité. Dans la thèse de Sieyès, la souveraineté appartient à la Nation, une entité abstraite qui transcende les générations. Sa volonté ne peut s'exprimer que dans un système exclusivement représentatif, par l'intermédiaire de représentants élus. Chacun d'eux représente la Nation et non les électeurs qui l'ont élu, dont il ne reçoit aucune consigne et à qui il ne rend aucun compte[3696]. Cette conception de la représentation exclusive des intérêts particuliers est liée à la recherche de l'intérêt général, tel que le concevait Rousseau[3697]. Les représentants, désignés pour leurs compétences, doivent identifier et défendre l'intérêt général, ce qu'ils ne peuvent faire qu'en toute indépendance du corps électoral. Le mandat représentatif triomphe sur le mandat impératif et sur la représentativité des groupes sociaux.

720. Cette conception est aujourd'hui gravée dans les textes fondateurs du système juridique, notamment à l'article 3 de la DDHC et dans les articles 3, 4 et 27 de la Constitution. Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a rappelé que les parlementaires représentaient la Nation tout entière, non un fragment de la population[3698]. De même, la combinaison des principes constitutionnels de souveraineté nationale, d'unicité du peuple français, d'égalité devant la loi et d'égal accès aux fonctions publiques s'oppose à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles[3699].

[3694] J. –M. DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, n° 4, 2010, p. 3.
[3695] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3e éd., 1928, t. 2, p. 642 cité par O. BUI-XUAN, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 18.
[3696] A. –M. LE POURHIET, « Représenter la Nation ? » *in* A. LE POURHIET, B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et *al*. (dir.), *Représentation et représentativité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 8.
[3697] J. –J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001, livre II, chap. 1 à 3 ; CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, 1998.
[3698] V. par ex. Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, cons. n° 9 ; Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. n° 14 ; Cons. const., 15 février 2007, n° 2007-547 DC, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, cons. n° 10.
[3699] Cons. const., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Quotas par sexe*, cons. n° 7 ; Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, cons. n° 12.

721. Tempéraments – Ce qui vaut pour la sphère politique ne vaut pas nécessairement pour la société civile. La représentativité y est tout à fait conciliable avec la représentation. Si dans un premier temps la révolution a supprimé tout ce qui se rattachait à l'Ancien Régime, le délit de coalition a été aboli en 1864 et les syndicats légalisés en 1884[3700]. Déjà, la liberté d'association acquise en 1901 permettait la défense d'intérêts collectifs. Depuis le XX^e^ siècle, les organisations syndicales les plus représentatives peuvent conclure des conventions collectives et défendre ainsi des intérêts catégoriels. Si ces intérêts sont essentiellement socioéconomiques, ils peuvent aussi se conjuguer avec un substrat identitaire du moment que leur défense ne se fait pas au mépris de l'interdiction des discriminations[3701]. Même dans les institutions politiques, la notion de représentativité n'a jamais été totalement ignorée. Les prémices de l'idée de similitude entre les gouvernés et les gouvernants se retrouvent à la fin du XVIII^e^ siècle dans les revendications des antifédéralistes américains au moment même où s'affirme la théorie du gouvernement représentatif[3702]. En Europe, tout en défendant l'unité de l'assemblée représentative, des personnalités comme Burke et Sieyès ont conscience qu'elle reflète l'hétérogénéité sociale de députés élus localement[3703]. D'autres, comme Mirabeau, s'opposent à la déconnexion de la représentation avec la représentativité[3704].

722. Les aménagements de la représentation – Au XIX^e^ siècle, l'instauration d'un scrutin proportionnel ou la création d'une seconde chambre parlementaire pour représenter les territoires étaient perçues comme un moyen d'introduire un peu de représentativité dans le système de la représentation[3705]. Si la représentation des territoires a été consacrée avec l'institutionnalisation du Sénat, l'introduction de la représentation proportionnelle pour assurer l'expression des courants politiques minoritaires est devenue une antienne de la vie

---

[3700] V. respectivement les décr. d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et loi *Le Chapelier* du 14 juin 1791 puis loi du 25 mai 1864 *abrogation des art. 414, 415 et 416 du Code pénal : suppression du délit de coalition* dite loi *Ollivier* ; loi du 21 mars 1884 *relative aux syndicats professionnels* dite *Waldeck-Rousseau*.

[3701] V. par ex. Soc., 12 décembre 2016, n° 16-25.793, *Syndicat des travailleurs corses* ; Soc., 9 septembre 2016, n° 16-20.605, *Syndicat des travailleurs corses* ; Ch. mixte, 10 avril 1998, n° 97-17.870, *Front national de la Police* ; CJCE, ch., 10 juillet 2008, n° C-54/07, *Feryn*, § 25.

[3702] B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, p. 72-3. Telle est la position de John Adams ou Melancton Smith lors des débats à l'Assemblée constitutionnelle de Philadelphie en 1787.

[3703] V. B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 121.

[3704] COMTE DE MIRABEAU, « Discours devant les états de Provence », 30 janvier 1789 *in* COMTE DE MIRABEAU, *Œuvres de Mirabeau*, Paris, Brissot-Thivars, 1825, t. VII, p. 7 cité par P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998, p. 17.

[3705] Tel est le cas de R. Saleilles et N. Saripolos pour la proportionnelle ou de L. Duguit pour la seconde chambre. V. O. BUI-XUAN, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 18.

politique[3706]. Cela n'a pas empêché l'universalisme abstrait et l'indivisibilité de la souveraineté de connaître des aménagements. Le droit de vote en Nouvelle-Calédonie est réservé aux résidents installés dans l'archipel depuis un délai déterminé pour les référendums statutaires ou d'autodétermination, mais aussi pour les élections aux assemblées territoriales[3707]. À la suite de la révision de 1999[3708], le législateur a adopté le principe de parité dans les élections au scrutin proportionnel[3709], aux scrutins binominal[3710] et uninominal[3711]. Cependant, dans la lignée de sa jurisprudence antérieure, le Conseil constitutionnel a refusé de voir dans le second alinéa de l'article Premier de la Constitution une liberté fondamentale invocable au sens de l'article 61-1. En effet, il a considéré qu'il était « *loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant* »[3712]. Une partie de la doctrine y a vu une occasion manquée de considérer cette disposition, non comme une dérogation au principe d'égalité, mais bien comme une déclinaison de celui-ci[3713]. Rendue en matière administrative, la décision n'en est pas moins éclairante sur la conception formelle du principe d'égalité et sur l'interprétation stricte de l'indivisibilité du corps électoral à laquelle continue de se livrer le juge, malgré la révision de 1999. Dans ces conditions, la représentation de la diversité entendue

---

[3706] Art. 24, al. 4, Constitution du 4 octobre 1958 ; M. DARAME, O. FAYE, « Le débat sur l'instauration de la proportionnelle aux élections législatives divise la majorité », *Le Monde*, 14 février 2021 ; C. BARTOLONE, M. WINOCK, *Refaire la démocratie*, *op. cit.*, p. 55 et suiv.

[3707] Auj. art. 76 et 77 *in fine*, Constitution du 4 octobre 1958 ; art. 188 et 218, loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*. V. M. CHAUCHAT, « La citoyenneté calédonienne », *Cahiers du Cons. const.*, n° 23, 2008. Dans le même ordre d'idées, il est à mentionner que les référendums locaux visant à obtenir le consentement des électeurs de la collectivité pour les changements de statut ultra-marins (art. 72-4 et 73 *in fine*) lient la compétence du législateur national, ce dont il résulte un aménagement de l'exercice de la souveraineté.

[3708] Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 *relative à l'égalité entre les femmes et les hommes* ; auj. art. Premier *in fine* et 4, al. 2 Constitution du 4 octobre 1958. V. par ex. G. GAUTIER, « L'accès des femmes aux mandats électifs » *in* T. DEBARD, F. ROBBE (dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 77 ; M. –L. FAGES, X. BIOY (dir.), *Égalité-Parité, nouvelle dynamique pour la démocratie ?*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1, 2013.

[3709] Respectivement art. L. 289 (élections des déléguées des conseils municipaux aux élections sénatoriales), L. 300 (sénateurs dans les départements où sont élus 3 sénateurs et plus), L. 346 (élections régionales), L. 264 (élections municipales dans les communes de 1 000 habitants et plus), L. 273-9 (élections communautaires) c. électoral et art. 9 loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 *relative à l'élection des représentants au Parlement européen* ;

[3710] Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 *relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral* (élections départementales).

[3711] Art. 9 loi n° 88-227 du 11 mars 1988 *relative à la transparence financière de la vie politique* ; décr. n° 2015-456 du 21 avril 2015 *relatif à l'aide publique aux partis et groupements politiques et portant application de l'article 60 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*. Il s'agit ici d'une modulation de l'aide publique.

[3712] Cons. const., 24 avril 2015, n° 2015-465 QPC, *Conférence des présidents d'université*, cons. n° 13-4, spéc. 13.

[3713] S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *LRDH*, n° 12, 2017.

comme représentativité de la société française n'apparaît que plus éloignée de la représentation-miroir que peut connaître le domaine politique.

β – L'ambiguïté de la bureaucratie représentative dans les emplois publics

723. Position du problème – Lors de l'examen de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, la secrétaire d'État chargée de présenter le texte a déclaré que la fonction publique devait « *servir ses usagers et, par conséquent, mieux les comprendre, ce qui signifie aussi leur ressembler davantage* »[3714]. Ainsi parée des vertus de la légitimité et de l'efficacité, la représentation de la diversité de la société française est presque toujours invoquée à propos des recrutements dans les emplois publics. Néanmoins, le sens de cette représentation interroge. À nouveau, la formule rappelle la représentation-miroir. Cependant, ce cadre ne sied pas à la fonction publique, car les fonctionnaires ne sont pas élus et ne représentent pas les citoyens. À suivre H. Pitkin, la représentation-miroir dans un organe caractérisé par sa technicité, comme l'administration, serait même impossible, car « *un véritable expert n'est pas un représentant* »[3715]. En vérité, l'idée d'une administration reflétant la société atteste de la force d'attraction de la théorie de la bureaucratie représentative sur l'emploi public[3716].

724. L'idée – Le fondement de cette théorie est simple : est représentative une administration dont la composition sociodémographique et le spectre des représentations, valeurs et attitudes dominantes chez les agents reflètent celles de la population[3717]. Elle doit son nom à l'ouvrage de J. Donald Kingsley, *Representative Bureaucracy*. En 1944, l'auteur est le premier à s'intéresser à la représentativité du corps des fonctionnaires en Grande-Bretagne, à laquelle il attribue une série d'avantages[3718]. Ce travail pionnier a donné lieu à une abondante littérature au sein des pays anglo-saxons, notamment aux États-Unis, mais aussi dans les États

---

[3714] E. BAREIGTS, alors secrétaire d'État chargée de l'égalité réelle *in* R. HAMMADI, *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, AN, nº 3851, 2016, p. 652.

[3715] H. F. PITKIN, « La représentation politique », *Raisons politiques*, nº 50, 2013, p. 36. Sauf à considérer que l'expert représente la compétence. En ce sens, O. BUI-XUAN, « La "représentation équilibrée entre hommes et femmes" […] », *op. cit*., p. 431-50, NBP nº 30.

[3716] V. par ex. G. CALVES, « "Refléter la diversité de la population française" : naissance et développement d'un objectif flou », *RISS*, nº 183, 2005, p. 177-86 ; J. CHEVALLIER, « Révision générale des politiques publiques et gestion des ressources humaines », *RFAP*, nº 136, 2010, p. 913, NBP nº 29.

[3717] B. BOËNE, « La représentativité des armées et ses enjeux. Revue de la littérature, comparaison des cas français, américain et britannique », *L'Année sociologique*, nº 2, 2011, p. 353.

[3718] J. D. KINGSLEY, *Representative Bureaucracy*, Yellow Springs, Antioch Press, 1944, spec. p. 185 et 305.

plurinationaux[3719]. Cependant, l'idée d'une bureaucratie représentative prévalait déjà aux États-Unis au XIX[e] siècle pour assurer la stabilité du système politique. Il s'agissait alors d'assoir l'autorité de l'État et de faire naître un sentiment d'appartenance au secteur public chez les bureaucrates[3720]. Progressivement rendue inutile par l'affirmation de l'État, cette conception évolue jusqu'à intégrer le contrôle politique de l'administration dans les années 1970. Dans un pays où les agents sont réputés servir le peuple, postuler que la fonction publique doit être représentative de la population permet d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'administration[3721]. La représentativité a l'avantage de réduire la distance entre les bureaucrates et les citoyens. Elle renforce sa légitimité auprès des administrés qui pourront s'identifier aux fonctionnaires. Elle symbolise et concrétise par des mesures positives la justice sociale, en particulier dans le contexte social tendu des années 1960-1970[3722]. D'abord essentiellement sociaux – âge des agents, niveau d'étude, classe sociale, religion, profession du père –, les critères de représentativité ont peu à peu été étendus au sexe, à l'orientation sexuelle et à l'origine ethno-raciale[3723].

725. Dans les années 1990, cette approche est profondément remaniée sous l'effet du *new management public* et des analyses sur la gestion de la diversité[3724]. Ce remodelage reprend les bases précédentes, mais traduit un nouvel intérêt pour les résultats organisationnels[3725]. Les justifications traditionnelles de la bureaucratie représentative sont progressivement éclipsées au profit d'une logique économique. Celle-ci insiste moins sur les éléments politiques et moraux de la représentativité, mais davantage sur l'efficience et l'efficacité des organismes publics

---

[3719] Pour un aperçu, v. not. G. CALVES (dir.), « Fonction publique : ressembler à la population ? » (dossier), *RFAP*, n° 118, 2006, p. 245-345 ; A. MAY TIMPSON, « Élargir la notion de bureaucratie représentative : L'exemple du Nunavut », *RISA*, n° 4, 2006, p. 553-67.

[3720] S. GROENEVELD, S. VAN DE WALLE, « Une théorie contingente en matière de bureaucratie représentative : pouvoir, égalité des chances et diversité », *RISA*, n° 2, 2010, p. 259-62. V. par ex. les déclarations du président Andrew Jackson (1829-1837) *in* D. H. ROSENBLOOM, J. DOLAN, « La bureaucratie représentative », *RFAP*, n° 118, 2006, p. 252.

[3721] V. par ex. S. GROENEVELD, S. VAN DE WALLE, « Une théorie contingente en matière de bureaucratie représentative […] », *op. cit.*, p. 263-4 ; D. H. ROSENBLOOM, J. DOLAN, « La bureaucratie représentative », *op. cit.*, p. 253-5 ; G. CALVES, « "Refléter la diversité de la population française" […] », *op. cit.*, p. 178-9.

[3722] V. not. S. KRISLOV, *The Negro in Federal employment. The quest for equal opportunity*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1967.

[3723] G. CALVES, « "Refléter la diversité de la population française" […] », *op. cit.*, p. 178 ; K. J. MEIER, D. P. HAWES, « Le lien entre représentativité passive et active de l'administration », *RFAP*, n° 118, 2006, p. 267.

[3724] D. H. ROSENBLOOM, J. DOLAN, « La bureaucratie représentative », *op. cit.*, p. 256-8 ; S. GROENEVELD, S. VAN DE WALLE, « Une théorie contingente en matière de bureaucratie représentative […] », *op. cit.*, p. 266-71.

[3725] V. par ex. D. W. PITTS, « Diversity, Representation, and Performance: Evidence about Race and Ethnicity in Public Organizations », *Journal of Public Administration Research and Theory*, n° 4, 2005, p. 615-31 ; D. W. PITTS, « Representative Bureaucracy, Ethnicity, and Public Schools : Examining the Link Between Representation and Performance. Administration and Society », *Public Administration Review*, n° 39, 2007, p. 487-526.

représentatifs de la diversité des administrés. La composition de la main-d'œuvre est intégrée à la gestion organisationnelle pour tenir compte des tendances dans la population et mieux servir le citoyen en tant que client. La diversification croissante de la main-d'œuvre justifie également de gérer efficacement des ressources humaines devenues hétérogènes.

726. Représentation passive et représentation active – Quelle que soit l'époque retenue, la bureaucratie représentative « *ne doit pas s'entendre comme l'écho affaibli du mot "représentativité"* »[3726]. En effet, le cadre analytique de cette théorie postule que la représentativité profite, d'une manière ou d'une autre, aux groupes d'individus représentés. Elle suppose qu'un critère sociodémographique, comme le sexe ou l'origine, constitue un indicateur globalement fiable (*proxy*) d'une variété de valeurs et d'attitudes susceptibles d'influencer les comportements[3727]. Plus la représentativité de l'administration est forte, plus les probabilités qu'elle prenne des décisions qui profitent aux différents groupes concernés sont élevées[3728]. Cette corrélation peut avoir deux sources présupposées, mais non exclusives l'une de l'autre : l'attitude des usagers évolue en fonction des traits sociodémographiques du personnel de l'administration ; les agents représentent activement certains groupes de la population. Ces sources ont été systématisées par F. Mosher[3729] autour de la distinction entre représentation passive et représentation active[3730]. La représentation passive renvoie à l'étendue des points communs existant sur le plan sociodémographique entre les agents et les usagers. Elle peut être mesurée statistiquement[3731]. La représentation active quant à elle est une circonstance « *au cours de laquelle un individu* […] *est censé défendre les intérêts et les aspirations de ceux qu'il représente en principe, qu'il s'agisse du peuple dans son ensemble ou d'une catégorie du peuple* »[3732]. Néanmoins, de nombreuses variables joueraient un lien entre représentation

[3726] G. CALVÈS, « Introduction », *RFAP*, nº 118, 2006, p. 245.
[3727] *Ibid.*, p. 248.
[3728] K. JOHNSTON, J. HOUSTON, « La bureaucratie représentative : la présence de femmes aux postes d'encadrement dans la police a-t-elle une influence sur le nombre d'arrestations pour cause de violence sexiste ? », *RISA*, nº 1, 2018, p. 8-9.
[3729] F. MOSHER, *Democracy and the Public Service*, New York, Oxford University Press, 1968, spec. p. 11-2.
[3730] K. J. MEIER, D. P. HAWES, « Le lien entre représentativité passive […] », *op. cit.*, p. 265-279.
[3731] V. par ex. V. GREENE, S. COLEMAN SELDEN, « Measuring Power and Presence : Bureaucratic Representation in the American States », *Journal of Public Administration Research and Theory*, nº 3, 2001, p. 381.
[3732] F. MOSHER, *Democracy and the Public Service*, *op. cit.*, spec. p. 11-2.

passive et représentation active[3733]. Si la pertinence de cette dichotomie est parfois discutée[3734], c'est bien la représentation active qui a suscité l'intérêt[3735].

727. Les obstacles à la transposition de la théorie de la bureaucratie représentative – Si la transposition française de la théorie de la bureaucratie représentative semble à peu près complète sur le plan des discours, ce n'est pas le cas sur le plan juridique[3736]. Tout au plus est-il possible de concéder que l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne mentionne le droit pour toute personne de s'adresser aux institutions dans l'une des langues du traité et de recevoir une réponse dans la même langue[3737]. Au reste, l'expression de représentation de la diversité que connaissent certaines administrations est trompeuse. Interrogée en 2005 à ce sujet par la DGAFP, G. Calvès a bien montré que l'idée d'une administration à l'image de la population relayant les aspirations et les intérêts d'une communauté ne fait pas sens dans le cadre national[3738].

728. Le contexte social – En premier lieu, l'auteure rappelle que la société française ne correspond pas au modèle de la société plurielle américaine, pas plus que l'État français à un État plurinational[3739]. Les groupes sociaux minoritaires ne sont pas homogènes et structurés,

---

[3733] Comme les missions exercées, l'étendue du pouvoir discrétionnaire, la convergence des valeurs de l'agent avec celles des usagers ou encore le poids de l'organisation hiérarchique. V. D. H. ROSENBLOOM, J. DOLAN, « La bureaucratie représentative », *op. cit*., p. 259-60 ; K. JOHNSTON, J. HOUSTON, « La bureaucratie représentative : […] », *op. cit.*, p. 9 ; K. J. MEIER, D. P. HAWES, « Le lien entre représentativité passive […] », *op. cit.*, p. 269-70.

[3734] V. not. H. H. LIM, « Representative Bureaucracy : Rethinking Substantive Effects and Active Representation », *Public Administration Review*, nº 66, 2006, p. 193-204. L'auteur distingue les sources directes et indirectes.

[3735] Dans les forces de police aux États-Unis et en Grande-Bretagne : K. J. MEIER, J. NICHOLSON-CROTTY, « Gender, Representative Bureaucracy and Law Enforcement : The Case of Sexual Assault », *Public Administration Review*, nº 6, 2006, p. 850-60 ; V. M. WILKINS, B. N. WILLIAMS, « Black or Blue: Racial profiling and representative bureaucracy », *Public Administration Review*, nº 4, 2008, p. 654-64 ; Y. HUR, « La diversité raciale : une bénédiction pour les organisations ? Analyse de ses conséquences organisationnelles dans les services de police municipaux », *RISA*, nº 1, 2013, p. 155-70 ; K. JOHNSTON, J. HOUSTON, « La bureaucratie représentative : […] », *op. cit.*, p. 5-24. Dans les services de l'éducation : K. J. MEIER, J. BOHTE, « Structure and Discretion: Missing Links in Representative Bureaucracy », *Journal of Public Administration Research and Theory*, nº 4, 2001, p. 455-70 ; L. R. KEISER, V. M. WILKINS, K. J. MEIER et *al.*, « Lipstick and Logarithms : Gender, Institutional Context, and Representative Bureaucracy », *American Political Science Review*, nº 3, 2002, p. 553-64 ; D. W. PITTS, « Diversity, Representation, and Performance […] », *op. cit.*, p. 615-31. Dans la haute fonction publique : C. –K. KIM, « Representation and Policy Outputs : examining the linkage between passive and active representation », *Public Personnel Management*, nº 4, 2003, p. 549-59.

[3736] Sur les discours, v. par ex. J. -P. JOURDAIN, « Le Pacte : un nouveau mode d'accès à la fonction publique pour favoriser l'intégration sociale », *Les cahiers de la fonction publique*, sept. 2004, p. 21 ; CESE, avis nº NOR : CESL1100003X du 31 janvier 2017 *sur l'évolution de la fonction publique et des principes qui la régissent*, p. 37 ; J. BASSERES, *Préfiguration de l'Institut national du service public*, Rapport au Premier ministre, 2021, p. 8.

[3737] Sur cette question, v. not. J. –P. JACQUE, « Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFAP*, nº 137-8, 2011, p. 79-83.

[3738] V. not. G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la DGAFP, 2005, p. 39-46 ; G. CALVES, « "Refléter la diversité de la population française" […] », *op. cit.*, p. 177-86.

[3739] G. CALVES, « "Refléter la diversité de la population française" […] », *op. cit.*, p. 181.

comme aux États-Unis. Dans ces conditions, le gain de légitimité à attendre d'une amélioration du lien de confiance avec les citoyens est faible. La bureaucratie représentative pourrait même avoir l'effet inverse en ravivant les mémoires de l'histoire coloniale. Et si des spécificités locales peuvent caractériser l'administration dans les collectivités d'outre-mer, celle-ci ne semble pas vraiment plus représentative qu'en métropole, la priorité étant plutôt donnée à la protection de l'emploi local[3740].

729. La culture administrative française – En deuxième lieu, G. Calvès insiste sur le fait que dans la conception américaine, le thème central de la bureaucratie représentative est le contrôle politique de fonctionnaires non élus échappant à toute sanction électorale. Or, ce problème ne se pose pas en France. Les agents n'ont pas la qualité de représentants dans la tradition constitutionnelle française[3741]. L'administration est soumise à un contrôle hiérarchique et juridictionnel, non populaire. Le principe de « *la responsabilité ministérielle a pour double effet de couvrir l'administration d'un écran protecteur et de garantir sa stricte subordination politique* »[3742]. Le rôle de la fonction publique n'est pas de défendre les intérêts particuliers, mais de mettre en œuvre la politique du gouvernement comme l'indique l'article 20 de la Constitution. Les agents sont voués à l'intérêt général et à assurer la continuité de l'État. Ils n'ont pas vocation à refléter les aspirations du peuple, ni même celles des élites, mais plutôt à les surplomber[3743]. En dépit des nominations médiatisées d'un préfet « musulman » ou des enquêtes du CRAN sur le corps préfectoral, celui-ci reste composé d'individus abstraits qui, en tant que représentants, doivent à la fois porter la parole de l'État et l'incarner, peu importent leurs caractéristiques sociodémographiques[3744]. Ces fondements sont parfaitement intégrés dans le système de valeur des fonctionnaires, à tel point que le volet actif de la bureaucratie représentative apparaîtrait sans doute incongru à beaucoup d'entre eux. La culture administrative résonne avec force dans les écoles de service public traditionnellement vues comme le « *miroir de l'État* »[3745], non comme celui de la société. Le système de recrutement par concours produit un corps de fonctionnaires plutôt homogène, jouissant d'un prestige sans

---

[3740] V. N. CLINCHAMPS, « L'administration de la Nouvelle-Calédonie en mal de représentativité », *RFAP*, n° 118, 2006, p. 335-45.
[3741] V. par ex. Constitution du 3 septembre 1791, chap. 4, sect., art. 2 ; Constitution du 24 juin 1793, art. 82.
[3742] J. CHEVALLIER, *Sciences administratives*, Paris, PUF, 3e éd. 2002, p. 265.
[3743] G. CALVES, « "Refléter la diversité de la population française" […] », *op. cit.*, p. 178.
[3744] Par ex. L'OBS, « Aissa Dermouche nommé préfet », *L'Obs*, 14 janvier 2004 ; C. GABIZON, « Nicolas Sarkozy nomme un préfet d'origine africaine », *Le Figaro*, 12 décembre 2008 ; CRAN, *Préfets et Ambassadeurs. Parité & Diversité dans la haute fonction publique*, 2012. La suppression de ce corps ne devrait pas remettre en cause cet *éthos*.
[3745] J. –M. GAILLARD, *L'ÉNA, miroir de l'État. De 1945 à nos jours*, Paris, Éd. Complexe, 1995.

équivalent dans les pays anglophones, en particulier dans les grands corps[3746]. À l'image du droit de la fonction publique, l'égalité de traitement occupe une place particulière dans leur système de valeur[3747]. Les agents sont très attachés à ce principe, plus que la plupart de leurs homologues européens[3748]. Comme le souligne G. Calvès, « *chacun connaît les manifestations d'une idéologie administrative perçue comme un corollaire du principe d'égalité devant le service public et comme une garantie de l'impartialité de l'État* […] *Au sein des grandes valeurs du service public (égalité, neutralité, compétence), l'aspiration à la "représentativité" n'a pas sa place* »[3749]. Par conséquent, l'introduction de ce thème ne semble pas liée à la préoccupation « *d'introduire des sensibilités différentes dans les services afin de mieux répondre aux besoins ou aux attentes des différentes catégories d'usagers* »[3750].

730. Le cadre juridique – En dernier lieu, la mise en œuvre de la théorie de la bureaucratie représentative supposerait de rompre avec la plupart des grands principes du système juridique. Dans un premier temps, l'application de cette doctrine impliquerait de distinguer juridiquement les citoyens en fonction de leurs caractéristiques sociodémographiques (origine, langue, convictions politiques, religieuses ou philosophiques, etc.), afin de dresser un état des lieux de la répartition statistique de la diversité de la société française. Or, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'oppose à ce que la mesure de la diversité repose sur l'origine ethnique ou la « race », ce qui à plus forte raison condamne l'usage d'une nomenclature nationale ethno-raciale[3751]. Dans un deuxième temps, le déploiement de la théorie de la bureaucratie représentative nécessite d'allouer à chacun des groupes ainsi définis une proportion plus ou moins précise d'emplois publics. Dans un troisième et dernier temps, elle suppose de moduler les règles de fonctionnement du service en fonction des caractéristiques des agents chargés de son exécution, afin qu'ils correspondent à l'image de la population et servent d'interface à ses aspirations (affectation, promotion, mutation, etc.)[3752]. Cependant, le principe d'égale admissibilité interdit d'utiliser un système de sélection fondé sur des critères étrangers à la

---

[3746] J. –K MEIER, D. P. HAWES, « Le lien entre représentativité passive et active […] », *op. cit*., p. 274.
[3747] V. A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
[3748] L. ROUBAN, « L'univers axiologique des fonctionnaires », *RFAP*, n° 132, 2009, p. 778.
[3749] G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État […]*, *op. cit*., 2005, p. 39. Ce qu'a récemment rappelé le Cons. const., 21 mai 2021, n° 2021-818 DC, *Loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion*, not. cons. n° 21-3.
[3750] L. ROUBAN, *La fonction publique en débat*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 96.
[3751] V. Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. n° 30 ; CE, ass., 1er avril 2010, avis n° 383.265, *Demande d'avis sur la licéité de la mise en œuvre d'une collecte de données sous la forme de questionnaires anonymes dès la source et recueillis sur la base du volontariat pour l'établissement de mesures de la diversité*.
[3752] G. CALVÈS, « Introduction », *RFAP*, n° 118, 2006, p. 245.

capacité des candidats. Il n'interdit pas les aménagements fondés sur les différenciations de nature compensatoires, mais les distinctions opérées ne peuvent jamais être fondées sur l'origine, la « race » ou la religion selon l'article Premier de la Constitution[3753]. Dans le même ordre d'idées, le principe de neutralité du service et le principe d'égalité de traitement des agents et des usagers s'opposent également à la mise en œuvre de la théorie de la bureaucratie représentative[3754].

2 – Les objectifs vraisemblablement visés

731. Position du problème – Dès lors que le système juridique ne laisse pas de place aux théories de la représentation-miroir et de la bureaucratie représentative, la représentation de la diversité de la société française doit être replacée dans le contexte qui l'a vue naître. Elle est apparue avec le constat de la sous-représentation statistique d'une partie de la population dans certains espaces sociaux. Cette faible présence a contribué à l'émergence de la formule de représentation de la diversité qui, par un glissement sémantique, est confusément associée à l'idée de « miroir », de « reflet » ou encore d'« image » de la population. L'emprunt du terme de représentation résulte de la banalisation du vocabulaire statistique en dehors de la science démographique. L'usage de la terminologie statisticienne semble être devenu une commodité de langage en lieu et place de « *locutions interminables à la tournure peu élégante comme "moindre ou plus grande proportion de telle catégorie d'individus dans telle population, par rapport à la proportion que cette catégorie connaît dans la société"* »[3755]. D'ailleurs, ces errements sémantiques autour de la représentation se constatent dans d'autres contextes, ainsi que l'a analysé O. Bui-Xuan à propos de la « *représentation équilibrée entre hommes et femmes* »[3756]. Pour autant, la visibilité des différentes composantes de la population ne doit pas s'entendre, en principe, comme un synonyme de proportionnalité ou d'échantillon représentatif, au sens du panel représentatif des instituts de sondage. Comme l'a jugé la HALDE dans le

[3753] Des exceptions existent en droit ultra-marin, puisque le législateur peut, sous le contrôle du juge, assortir d'une préférence l'accès à l'emploi public dans les collectivités d'outre-mer. En outre, nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire s'il ne possède pas la nationalité française et des dérogations existent s'agissant des ressortissants de l'Union européenne. V. respectivement art. 24 loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie* ; art. 18 loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* ; art. 5 loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*.

[3754] V. not. CE, avis, ssr., 3 mai 2000, n° 217017, *Demoiselle Marteaux* ; CE, ssr., 19 février 2009, n° 311633 (à propos du prosélytisme religieux d'un agent).

[3755] O. BUI-XUAN, « La "représentation équilibrée entre hommes et femmes" […] », *op. cit.*, p. 431-50.

[3756] *Ibid.*, p. 431-50 ; O. BUI-XUAN, « La représentation équilibrée : une fausse représentation ? » *in* O. BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 145-6 ; O. BUI-XUAN, « "Représentation équilibrée" et "représentation proportionnée" des femmes et des hommes : convergence ou concurrence ? », *AJFP*, n° 6, 2018, p. 319-23.

domaine de l'audiovisuel, viser une « *"cartographie générale de la diversité", pour autant qu'elle soit possible, n'est en réalité pas nécessaire dès lors que l'on n'entend pas l'objectif de "mieux refléter la diversité de la société française" comme supposant de chercher à assurer, à l'échelle d'une entreprise par exemple, une représentativité conforme au modèle global de notre corps social en fonction des groupes ou catégories de personnes qui le composent* »[3757].

732. Un enjeu symbolique de lutte contre les stéréotypes et les préjugés – En considération de ce qui vient d'être dit, la représentation de la diversité renvoie à une dimension symbolique. Elle s'inscrit dans une logique d'action collective d'éradication des stéréotypes et des préjugés. Elle est liée au démantèlement de situations de discriminations structurelles, marquées par l'exclusion et l'infériorisation de certains groupes sociaux fondés sur des représentations collectives négatives. Cette approche repose sur le postulat selon lequel la prégnance de ces phénomènes serait contextuelle, évolutive et modulable grâce à l'introduction d'une diversité symbolique à tous les échelons de la société[3758]. À partir de là – et l'hypothèse demande à être confirmée par des études sociologiques – la présence symbolique des personnes stigmatisées dans les positions sociales valorisées pourrait contribuer à changer les mentalités en douceur et sur un temps nécessairement long. Elle déchirerait le voile d'ignorance qui les recouvre, « *en permettant à la victime d'une discrimination de développer, de manière équivalente à toute autre personne, son identité dans toute sa complexité et* [pas] *seulement par rapport au seul élément servant de base à la discrimination* »[3759]. Par conséquent, avec la présence formelle de ces personnes, il s'agirait d'agir en profondeur sur les représentations collectives. La présence de ces individus ferait sauter une sorte de verrou psychologique en permettant par exemple d'infirmer les schémas cognitifs infériorisant qui voudraient que les personnes discriminées n'y aient pas leur place ou soient incapables d'y parvenir. Le procédé participerait plus largement de « *l'idée que les discriminations seront d'autant moins criantes que l'on s'emploiera à imposer positivement la représentation de la diversité (les femmes, les séniors, les personnes handicapées, les personnes d'origine modeste, lesdites "minorités visibles"*) »[3760]. Ce faisant, elle prendrait le contrepied du stigmate. Cette ambition explique le

---

[3757] HALDE, *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française*, 2009, p. 6.
[3758] M. MERCAT-BRUNS, « La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique ? », *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 102.
[3759] D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Limoges, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2006, p. p. 519.
[3760] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 269.

caractère généralement symbolique des lieux visés. Elle est par exemple à rapprocher des exigences fixées par la loi de programmation de la Justice, qui énonce que « *l'exemplarité* [des services ministériels] *sera recherchée dans* […] *la reconnaissance de la diversité* »[3761].

733. Toutefois, la présence des membres des groupes discriminés ne vise pas à garantir la participation du groupe à l'exercice des responsabilités, comme le font les quotas de femmes. Si la discrimination positive en leur faveur participe également à déconstruire les stéréotypes et les préjugés genrés en faisant la démonstration de leurs aptitudes égales à celles des hommes, les logiques de fond et les mécanismes de mise en œuvre divergent sensiblement entre ces deux variables de la présence. La représentation de la diversité demeure dans l'ordre du symbolique, alors que la parité et ses prolongements visent une véritable « *transfiguration de l'espace public* »[3762] modifiant radicalement l'ordre social pour imposer la participation des femmes et pas seulement leur présence[3763].

734. Plan – Au regard de ce qui précède, la représentation de la diversité de la société française comme enjeu symbolique de lutte contre les stéréotypes et les préjugés vise à diffuser des modèles d'identification positive (a) et faire évoluer les représentations collectives (b). Ce faisant, l'infirmation des déterminants collectifs doit empêcher qu'ils se répercutent sur les comportements et ainsi aller au-devant de la survenance des discriminations.

a – La diffusion de modèles d'identification positive

735. Position du problème – Définition – L'emploi, les filières d'excellence où les médias apparaissent comme des lieux stratégiques pour combattre les effets systémiques de la discrimination. Derrière cette notion, ce sont bien des processus de ségrégation sociale dans le milieu professionnel ou scolaire qui sont visés, qu'il s'agisse de hiérarchiser les postes ou les aspirations, voire de la « sexualisation » ou de la « racialisation » des tâches. Or, comme le rappelle S. Sereno « *l'impact de ces stéréotypes est réel. Ces derniers vont cantonner les personnes — soit d'elles-mêmes soit par une intervention extérieure — à certains métiers ou secteurs d'activité. Il en résulte des ségrégations professionnelles qui persistent encore*

[3761] Annexe, § 6 loi nº 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.
[3762] S. GROSBON, « La transfiguration de l'espace publique », *op. cit*., p. 281–325.
[3763] À ce sujet, la politologue N. Fraser se réfère à la notion de « *parité de participation* ». V. N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2011, not. p. 53-7.

aujourd'hui »[3764]. La diffusion de modèles d'identification positive s'inscrit dans la perspective de démanteler ces réalités systémiques. La théorie du modèle d'identification positive ou *role model* façonne une part importante de la psychologie sociale et des sciences de l'éducation anglo-saxonnes. Développée par le sociologue américain R. K. Merton au siècle dernier, la notion d'identification positive renvoie à l'identification d'un individu à un autre individu dans un de ses rôles[3765]. Des parents, des pairs, des personnages publics comme des *leaders* politiques, des célébrités peuvent être des modèles de rôles, de sorte que « *des individus s'y identifient, cherchent à leur ressembler, à travers le comportement ou la référence à des valeurs ou à des attitudes manifestes* »[3766].

736. Précédent – La théorie des modèles d'identification positive a été appliquée dans un tel contexte pour combattre l'autocensure alimentée par les stéréotypes et les préjugés qui sévissent parmi les membres des groupes victimes de discriminations. Aux États-Unis, ce mécanisme psychosocial a été avancé comme justification des programmes de discrimination positive devant la Cour suprême. Cependant, le juge a considéré que la volonté de fournir des modèles d'identification positive à une communauté donnée ne constituait pas un intérêt général de nature à justifier une différence de traitement dans l'accès à des emplois publics, en l'occurrence ceux des professeurs[3767]. Malgré ce rejet, cette théorie est toujours mobilisée en Amérique du Nord comme une « *stratégie dite "de la locomotive"* »[3768] fondée sur la force de l'exemple pour justifier l'*affirmative action*. La promotion volontaire de quelques individus identifiés par leur appartenance ethnique à des postes prestigieux doit permettre de débloquer une situation de discrimination structurelle, en effaçant les effets d'autodénigrement et d'autolimitation résultant de l'infériorisation historique dont sont victimes certains groupes sociaux[3769]. L'effort porte sur les classes sociales moyennes et supérieures, pour favoriser l'émergence d'élites sociales, économiques, politiques sur lesquelles il est parié qu'elles auront un effet d'entrainement sur le reste du groupe[3770]. La visibilité nouvelle de ces modèles

[3764] S. SERENO, « La lutte contre les discriminations dans l'accès à l'emploi en quête de sens », *DS*, n° 5, 2020, p. 409-15.
[3765] R. K. MERTON, *Éléments de théorie et de méthode sociologique*, Paris, Armand Colin, 1997, spéc. p. 247.
[3766] A. SAINT-MARTIN, *La sociologie de R. K. Merton*, Paris, La Découverte, 2013, p. 84.
[3767] CS ÉTATS-UNIS, 19 mai 1986, n° 476 U.S. 267 (1986), *Wygant v. Jackson Board of Education*.
[3768] G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 20.
[3769] G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État […]*, *op. cit.*, 2005, p. 37.
[3770] G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 20.

permettrait ainsi de « *rehausser le niveau des attentes et des aspirations que les* [individus] *eux-mêmes seraient conduits à entretenir quant à leurs perspectives de vie dans la société* »[3771].

737. Importation – En dépit de ces spécificités fortes, la théorie du modèle d'identification positive a fait son chemin en France, notamment sous la plume du HCI qui préconisait dans son rapport sur l'intégration de 2004 de « *"commencer par le toit" et d'apporter une reconnaissance publique à ceux qui ont connu une promotion sociale exemplaire* »[3772]. Dans le même ordre d'idées, le Comité onusien pour l'élimination de la discrimination raciale semble favorable « *à une représentation et une administration aux couleurs des représentés et des administrés, davantage susceptibles d'une identification réciproque que l'universalisme abstrait* »[3773]. À suivre ces institutions, il existerait des effets concrets sur la prévention des discriminations attachés à une organisation qui s'efforce d'émettre un signal positif en incluant de manière volontaire et consciente, mais non systématique, des personnes discriminées, sans pour autant établir de quotas[3774]. Toutefois, le lien entre la représentation de la diversité et la prévention des discriminations, quand bien même seraient-elles structurelles, n'est pas toujours évident dans ce type de configuration. Des exemples peuvent être trouvés dans le contexte français où la création de modèles d'identification positive apparaît surtout comme un effet dérivé des dispositifs compensatoires. Ainsi, à la fin des années 1990, la volonté de diffuser des modèles d'identification positive parmi le corps des fonctionnaires est aussi clairement que maladroitement affirmée par le ministre de l'Intérieur, qui déclara « *il est temps de donner à la jeunesse des quartiers des modèles d'identification positive, en rupture avec le modèle négatif du petit "caïd"* »[3775]. À cette fin, les contrats d'ADS ont été créés pour promouvoir « *un modèle alternatif, celui de l'ex-ADS "méritant", ayant réussi à surmonter les "obstacles" supposément*

[3771] D. SABBAGH, *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, p. 315.

[3772] HCI, *Le contrat et l'intégration*, Rapport au Premier ministre, 2004, p. 27. V. aussi circ. du 2 mai 2000 *relative à l'accès à la citoyenneté et la lutte contre les discriminations*, § 4.

[3773] S. GROSBON, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *LRDH*, n° 9, 2016, § 10. V. not. COMITE EDR, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, CERD/C/FRA/CO/17-19, 2010, § 13.

[3774] J. SUK *in* M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013, p. 280.

[3775] J. –P. CHEVENEMENT, *Déclaration du ministre de l'intérieur, sur les moyens engagés pour lutter contre la délinquance et le rôle des préfets en matière de sécurité, sur l'accès à la citoyenneté et la réforme de l'État*, Paris, 15 février 1999. Sur cet objectif dans la police, v. ég. A. BEGAG, *La République à ciel ouvert*, Rapport au ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales, 2004, p. 23 et 36.

liés à son origine sociale ou ethnique »[3776]. La diffusion de modèles d'identification positive gagne en portée à partir du moment où la question de la représentativité de la fonction publique est généralisée à l'ensemble des emplois publics. En ce sens, la ministre de la Fonction publique justifie la création du nouveau concours « Talents » avec cette ambition que « *tous ceux qui aspirent à servir l'intérêt général – qu'ils soient dans les quartiers, dans la périphérie des villes ou dans nos campagnes – doivent avoir cette chance* [d'intégrer la fonction publique]. *Il est plus que jamais de notre responsabilité* […] *de lutter contre l'autocensure qui mine leur ambition* […] *Notre ambition est de trouver et de former des hauts fonctionnaires qui ressemblent davantage à la diversité sociale et territoriale de notre pays* »[3777]. Dans le même ordre d'idées, les élèves passés par un dispositif du type PQPM ou de CEP dans les formations d'excellence jouent un rôle de « *passeurs exemplaires* »[3778], d'« *ambassadeurs* »[3779], régulièrement vanté par les porteurs de projet[3780]. En déjouant les mécanismes d'autocensure et en encourageant les jeunes à revaloriser leurs chances d'accéder à un établissement prestigieux, il est attendu de ces modèles d'identification positive qu'ils aient « *un rôle de catalyseur* »[3781]. Comme le résumait R. Descoings, lorsqu'un élève passé par l'IEP retourne dans son lycée d'origine classé dans la géographie prioritaire, « *une identification très forte va s'opérer et entraîner les autres. Elle est, à mon avis, plus efficace que n'importe quel discours* »[3782].

738. Néanmoins, l'essor de ces *role models* dans le contexte français ne repose pas directement sur un dispositif dédié au démantèlement des situations de discriminations structurelles, comme pouvait l'être l'*affirmative action* aux États-Unis. La création de modèles d'identification positive dans l'emploi, comme d'ailleurs dans les établissements

---

[3776] F. GAUTIER, « Une police à "l'image de la population" ? La question de la "diversité" et le recrutement dans la police nationale, *Migrations Société*, n° 169, 2017, p. 44. V. aussi A. BEGAG, *La République à ciel ouvert […]*, *op. cit*., p. 36.

[3777] MINISTERE DE LA TRANSFORMATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUES, Talents du service public, Dossier de presse, 2021, p. 13.

[3778] A. ALLOUCH, H. BUISSON-FENET, « Diversification des élites et repositionnement organisationnel. Le cas des politiques d'ouverture sociale en France, et d'*outreach* en Angleterre », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n° 7, 2008, § 23.

[3779] M. –C., MONTECLER (de), « Lancement de la classe préparatoire intégrée de l'ÉNA », *AJDA*, n° 33, 2009, p. 1803.

[3780] V. par ex. R. DESCOINGS, « Un cas d'école : pour une discrimination positive à l'entrée de l'enseignement supérieur ? » *in* CAS, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, 2006, p. 228 ; C. DARDELET, T. SIBIEUDE, F. HERVIEU-WANE, *Une grande école : pourquoi pas moi ? Le droit au mérite*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 134-5 ; Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence, 2 février 2010, p. 3.

[3781] D. SABBAGH, « Paris/Texas : Les voies détournées de la "diversité" dans les filières d'élite de l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *RIPC*, n° 1, 2016, p. 105.

[3782] R. DESCOINGS, « Un cas d'école : pour une discrimination positive […] », *op. cit*., p. 228.

d'enseignement supérieur d'excellence, s'apparente à un effet dérivé de dispositifs compensatoires dont le lien avec la lutte contre les phénomènes discriminatoires systémiques reste aussi implicite qu'indirect[3783]. En effet, les causes de l'exclusion de celles et ceux qu'il s'agit d'élever ne sont pas explicitées ; elles ne semblent même jamais vraiment interrogées. Cependant, la diffusion de *role models* participe du démantèlement des stéréotypes et des préjugés en transformant les imaginaires collectifs.

b – L'évolution des représentations collectives

739. Position du problème – Dans le prolongement de la diffusion de modèles d'identification positive, la promotion sociale d'individus stigmatisés vise à faire évoluer les déterminants collectifs en réorientant « *vers la société dans son ensemble l'entreprise de démontage des stéréotypes* »[3784]. La simple présence statistique de membres de groupes sociaux discriminés dans des positions sociales valorisées est un signal de non-discrimination envoyé vers les acteurs sociaux susceptible de faire évoluer leurs représentations mentales et « *véhiculer des modèles positifs* »[3785]. Le pouvoir de l'image est crédité d'une force à même de déconstruire les stéréotypes et les préjugés qui alimentent les discriminations[3786]. L'effet symbolique alloué à la représentation de la diversité vaut pour certaines instances administratives, comme les organes de direction d'établissements privés[3787] ou les instances administratives consultatives[3788], mais aussi pour les effectifs de l'entreprise[3789], de l'emploi public[3790], ou des établissements d'excellence[3791], toutes exhortées de façon plus ou moins contraignante à représenter la diversité en leur sein. Il vaut plus sûrement encore pour les médias de masse dont la portée est holistique. Pour cette raison, cette fonction d'invalidation des représentations collectives tend à se polariser sur le secteur de l'audiovisuel.

[3783] V. *supra* § 418 et suiv.
[3784] G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État […]*, *op. cit*., 2005, p. 38.
[3785] Y. SABEG, *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport au Président de la République, 2009, p. 69.
[3786] CAS, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, 2006, p. 172 ; G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État […]*, *op. cit*., 2005, p. 38.
[3787] Art. L. 22-10-10, 2° c. com. et L. 421-7-4 c. mon. et financier.
[3788] Annexe, I. 1. arr. n° NOR : PRMX1910549A du 10 avril 2019 *relatif à la composition de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*.
[3789] § 3, Charte de la diversité, 2018 ; MUTUALITE FRANÇAISE PACA SSAM, *Accord d'entreprise relatif à la lutte contre les discriminations et sur la diversité*, 24 janvier 2020, p. 6. V. aussi KILOUTOU MODULE, *Accord relatif à la gestion de carrière au sein de la SAS Kiloutou Module*, 30 novembre 2020, p. 9.
[3790] V. *supra* § 737 et suiv.
[3791] *Ibid*.

740. Un objectif manifeste dans l'audiovisuel – S'il semble exister un consensus institutionnel en faveur de la représentation de la diversité dans l'audiovisuel, les instances et les services du secteur n'ont pas vocation à représenter la population[3792]. À l'exception peut-être des médias communautaires, les programmes *mainstream* appartiennent avant tout à une industrie culturelle, mue par les tensions entre l'offre et la demande[3793]. Pourtant, l'audiovisuel est sans conteste un champ de luttes symboliques. Les représentations médiatiques ne reflètent pas exactement la réalité sociologique et démographique de la société comme pourrait le laisser croire l'idée de représentativité, mais rendent compte, à un moment donné, des tensions propres aux imaginaires collectifs nationaux[3794]. Dans cet esprit, les pouvoirs publics considèrent que l'audiovisuel « *a un impact direct sur la représentation de la société française* »[3795]. Ce champ est stratégique pour faire émerger de nouvelles normes identitaires et comportementales plus inclusives. À leur sens, l'audiovisuel a un rôle particulier dans la construction de l'identité française et dans la diffusion de modèles d'identification positifs. De nouveaux *role models* produits par la fiction ou les émissions de divertissement concourent à l'émancipation des individus en élargissant leurs représentations mentales au-delà des assignations dévalorisantes dont ils sont victimes dans le réel. Ces normes contribuent à faire disparaître les attitudes et les représentations préconçues et les marques de mépris social[3796]. Au-delà des effets préventifs immédiats sur la gestion de leurs ressources humaines par les éditeurs de service, la représentation de la diversité projette l'horizon d'une société dans laquelle les stéréotypes et les préjugés ont disparu. Dans ce cadre, le service public aurait une valeur d'exemplarité particulière, en offrant une vision plus inclusive de la société permettant à tous les individus de s'y sentir acceptés[3797]. Par suite, la lutte contre les stéréotypes n'est pas adressée à un individu abstrait, mais situé.

741. Les obligations des chaînes et des radios – Les actions volontaires sur la représentation de la diversité ont été dotées d'un cadre législatif à partir de 2006. Le projet de loi de refonte

---

[3792] V. par ex. au niveau européen COMITE DES MINISTRES, recom. n° (2006)5 *Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société : améliorer la qualité de vie des personnes handicapées en Europe 2006-2015*, § 3.2.1.

[3793] E. MACE, « Des minorités visibles » aux néostéréotypes. Les enjeux des régimes de monstration télévisuelle des différences ethnoraciales », *Journal des anthropologues*, HS, 2007, p. 69-87, § 1.

[3794] E. MACE, « Entre visibilité médiatique et reconnaissance politique », *Arte magazine*, n° 7, 2006, p. 115.

[3795] FRANCE TELEVISIONS, *Contrat d'objectifs et de moyens 2016-2020*, 2016, p. 18.

[3796] E. RENAULT, *Le Mépris social. Éthique et politique de la reconnaissance*, Paris, Éditions du Passant, 2000.

[3797] Annexe, préambule *in fine*, décr. n° 2009-796 du 23 juin 2009 *fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions* ; HALDE, *Bilan de la politique de gestion des […]*, *op. cit.*, p. 6.

de l'audiovisuel ne devrait pas bouleverser le contenu de ces dispositions[3798]. La loi souligne les attentes du législateur à l'égard des éditeurs de services de communication audiovisuelle pour « *améliorer la présence, l'expression, la représentation et la promotion des composantes et origines diverses de la communauté nationale* »[3799]. Les SNP et les autres services de télévision et de radio à caractère national ont pour obligation générale de contribuer « *à la lutte contre* […] *les préjugés liés à la diversité de la société française en diffusant des programmes relatifs à ces sujets* »[3800]. Les SNP et Arte s'attachent « *à assurer une meilleure représentation de la diversité de la société française, notamment d'outre-mer. Elles proposent une programmation reflétant la diversité de la société française* »[3801]. France Télévisions « *reflète dans sa programmation la diversité de la société française et veille à engager une action adaptée pour améliorer la présence de cette diversité dans les programmes* »[3802]. La Chaîne parlementaire propose également « *une programmation reflétant la diversité de la société française* »[3803]. Les autres diffuseurs concluent une convention avec le CSA qui précise leurs obligations suivant la délibération du CSA tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes des chaînes nationales hertziennes gratuites et de Canal+[3804]. Selon ce texte, les obligations des éditeurs concernent autant la commande et la mise en production des programmes, que l'antenne. Pour les fictions commandées, ils font en sorte qu'« *une proportion significative des rôles soit interprétée par des comédiens perçus comme contribuant à la représentation de la diversité de la société française* »[3805]. À l'antenne, les éditeurs s'engagent à faire progresser la représentation dans les programmes d'actualité, dans les journaux télévisés, les divertissements et les fictions inédites françaises[3806]. Cette

---

[3798] Art. 8 projet de loi *relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique*, Sénat, n° 523, Session ordinaire 2020-2021, p. 135.

[3799] E. PELLET, « La politique d'action positive de France Télévisions en matière de diversité et d'intégration », *Migrations société*, n° 111-2, 2007, p. 251.

[3800] Art. 20-1 A, al. 1 loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication […]*, *op. cit* ; CSA, délib. n° 2015-34 du 16 septembre 2015 *modifiant la délibération n° 2009-85 du 10 novembre 2009 tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes des chaînes nationales hertziennes gratuites et de Canal+*.

[3801] Art. 43-11, al. 2 loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté […]*, *op. cit.*

[3802] Art. 44, I., al. 5 *ibid.* ; annexe, préambule, art. 11 et 37 décr. n° 2009-796 du 23 juin 2009 *fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions*.

[3803] Art. 45-2, al. 2 loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *[…]*, *op. cit.* V. ég. annexe, art. 23 décr. n° 2012-85 du 25 janvier 2012 *fixant le cahier des charges de la société nationale de programme en charge de l'audiovisuel extérieur de la France*.

[3804] CSA, délib. n° 2015-34 du 16 septembre 2015 *modifiant la délibération n° 2009-85 […]*, *op. cit.*

[3805] I., A., 1. CSA, délib. n° 2015-34 du 16 septembre 2015 *modifiant la délibération n° 2009-85 […]*, *op. cit.* Pour un ex., v. CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2016*, 2017, p. 7.

[3806] I., A., 2. CSA, délib. n° 2015-34 du 16 septembre 2015 *modifiant la délibération n° 2009-85 […]*, *op. cit*.

exigence concerne la présence visible des diverses composantes de la population et les contenus abordés[3807].

742. Les éditeurs de services radiophoniques sont aussi tenus de participer à cette entreprise de déconstruction des stéréotypes et des préjugés. Depuis 2006[3808], Radio France « *prend en compte, dans la représentation à l'antenne, la diversité des origines et des cultures de la communauté nationale* [et] *veille à ce que ses programmes donnent une image la plus réaliste possible de la société française dans toute sa diversité* »[3809]. À partir de 2012, certains éditeurs ont négocié avec le CSA des obligations conventionnelles pour que leurs « *programmes* […] *reflètent authentiquement la diversité de la société française* »[3810], au travers par exemple d'« *émissions traitant du thème de la diversité sous l'angle d'une ou plusieurs de ses composantes* »[3811].

743. Les missions du CSA – Le CSA est chargé de veiller « *à ce que la diversité de la société française soit représentée dans les programmes des services de communication audiovisuelle et que cette représentation soit exempte de préjugés* »[3812]. Il s'assure « *notamment, auprès des éditeurs de services de communication audiovisuelle, compte tenu de la nature de leurs programmes* […] *que la programmation reflète la diversité de la société française* »[3813]. Cette mission recouvre plusieurs aspects. D'abord, les déclinaisons opérationnelles de ce principe sont directement négociées par les éditeurs de service avec le CSA et orientées par les bonnes pratiques du secteur[3814]. Pour appuyer son action et guider les chaînes, le Conseil établit un baromètre de la diversité depuis 2009, un outil de mesure fondé sur la perception de la diversité

[3807] Art. 2-3-3, al. 3, CSA, DIVERSITE TV, *Convention concernant le service de télévision RMC Story*, 3 juillet 2012 ; art. 37, décr. n° 2009-796 du 23 juin 2009 *fixant le cahier des charges de la société nationale […], op. cit*. Pour un aperçu, v. CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2019 et Actions 2020*, Rapport au Parlement, 2020, p. 17-8 ; S. ZAPPI, « France Télévisions tente d'ouvrir ses écrans à la diversité », *Le Monde*, 21 octobre 2016.

[3808] Art. 7, décr. n° 2006-645 du 1er juin 2006 *portant modification des cahiers des charges des sociétés France 2, France 3, France 4, France 5, Réseau France Outre-mer, Radio France et Radio France Internationale*.

[3809] Art. 5-1, décr. du 13 novembre 1987 *portant approbation des cahiers des missions et des charges de la société Radio France et de l'Institut national de l'audiovisuel*.

[3810] Art. 3.2, CSA, délib. n° 2015-34 du 16 septembre 2015 *modifiant la délibération n° 2009-85 […], op. cit*.. Cela concerne Europe 1, RMC et RTL.

[3811] *Ibid*.

[3812] Art. 3-1, al. 3 et 4, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication […], op. cit.* créé par art. 182 loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

[3813] Art. 3-1, al. 4, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication dite Loi Léotard*.

[3814] M. NAYRAC, « La question de la représentation des minorités dans les médias, ou le champ médiatique comme révélateur d'enjeux sociopolitiques contemporains », *Cahiers de l'Urmis*, n° 13, 2011, § 6.

de la société française à la télévision[3815]. Les critères employés sont le sexe[3816], la CSP, la situation de handicap, l'âge, la situation de précarité, le lieu de résidence et l'origine hétéro-perçue (individu perçu comme « blanc », « noir », « arabe », « asiatique » ou « autre »)[3817]. Les résultats du baromètre rappellent aux chaînes à échéances régulières la nécessité d'assurer une visibilité des composantes sociodémographiques dans les programmes. À ce sujet, le Conseil attire régulièrement l'attention des éditeurs sur la nécessité de prendre en compte la qualité du rôle tenu par les comédiens[3818]. Pour prévenir la diffusion de stéréotypes ou d'amalgames, le régulateur a fait évoluer son baromètre pour y intégrer de nouveaux critères quantitatifs – tels que la situation de précarité ou celui du lieu de résidence –, mais aussi qualitatifs, tels que le rôle (positif, négatif ou neutre) et le statut des intervenants (héros, personnage principal, secondaire)[3819]. Le régulateur propose d'étendre le baromètre aux offres numériques des éditeurs de services de télévision, de manière à ce que l'ensemble de leur programmation reflète la diversité de la société française[3820]. En parallèle, il rend « *compte chaque année au Parlement des actions des éditeurs de services de télévision en matière de programmation reflétant la diversité de la société française et propose les mesures adaptées pour améliorer l'effectivité de cette diversité dans tous les genres de programmes* »[3821].

744. La mission du CSA se prolonge ensuite par la surveillance de la représentation de la société française qui est donnée par les éditeurs de services audiovisuels. En aval, le Conseil dispose d'un pouvoir de sanction. En amont, il peut les mettre en demeure de respecter les obligations qu'ils tiennent de la loi et de leurs engagements conventionnels relatifs à la représentation de la diversité[3822]. Cependant, la plupart des mises en demeure sont elles-mêmes précédées d'une lettre de mise en garde ou d'un rappel à la réglementation. En général, le CSA ne mobilise pas ses prérogatives les plus contraignantes et préfère intervenir de manière graduée lorsqu'il s'agit d'œuvrer à l'évolution des mentalités collectives. Pour ce faire, le Conseil analyse la programmation des chaînes pour apprécier dans quelle mesure elles se conforment à

[3815] La transposition du baromètre à la radio n'a pas été jugée possible. V. CSA, *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio*, 2014, p. 37.
[3816] Depuis 2014, l'étude relative à la présence des hommes et des femmes fait l'objet d'une publication séparée. V. par ex. CSA, *Baromètre de la présence des femmes. Vague 2014*, 2015.
[3817] CSA, *Baromètre de la diversité de la société française. Vague 2019*, 2020, p. 7.
[3818] CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision […], op. cit.*, 2017, p. 7.
[3819] CSA, *Baromètre de la diversité de la société française. Vague 2018*, 2018, p. 5.
[3820] CSA, *Refonder la régulation audiovisuelle*, 2018, p.16.
[3821] Art. 3-1, al. 4, loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication […], op. cit.* Par ex. CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision […], op. cit.*, 2017.
[3822] Sur ces prérogatives, v. art. 42 à 42-10 loi nº 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication […], op. cit.*

leurs obligations légales ou conventionnelles de représenter la diversité de la société française. Ces sujétions sont appréciées au cas par cas « *compte tenu de la nature des programmes* »[3823]. Dans ce cadre, le CSA a mis en garde la Chaîne n° 23 pour des manquements à ses obligations conventionnelles de représentation de la diversité de la société française[3824]. En effet, il a constaté que pour l'année 2015, l'éditeur avait consacré une part trop faible de sa programmation à ce sujet. De plus, les fictions participant à l'exécution de cette obligation avaient été diffusées à des heures de faible audience. En 2020, la chaîne a été à nouveau mise en garde pour ne pas avoir suffisamment représenté la diversité dans ses programmes[3825].

745. Le CSA est également saisi des réclamations de plaignants qui l'alertent sur le contenu d'un programme. Le régulateur s'adresse aux éditeurs de services audiovisuels et jamais aux personnes qui ont eu un comportement ou ont tenu des propos litigieux. Il ne dispose donc que du pouvoir de sanctionner les opérateurs. Dans ce cadre, le Conseil est susceptible de se livrer à une analyse d'une séquence particulière pour jauger de l'application par les chaînes de leurs obligations légales ou conventionnelles de représenter la diversité de la société française. Il lui revient également de veiller à ce que cette représentation soit exempte de préjugés. Ce faisant, la représentation de la diversité recouvre une dimension plus substantielle et moins figurative, puisque le CSA pourra infirmer publiquement l'expression de stéréotypes et de préjugés. À nouveau, l'opération passe par des procédés souples de régulation. Dans cet exercice, le Conseil se cantonne largement à une simple mise en garde venant condamner solennellement un propos ou un comportement empreint de préjugés ou véhiculant les stéréotypes les plus éculés[3826]. Cette démarche peut suffire à satisfaire les plaignants qui obtiennent ainsi une réprobation officielle jetant l'opprobre sur l'opérateur qui a manqué à la représentation de la diversité[3827]. D'ailleurs, le Conseil d'État a relativisé la portée de ce procédé en écartant l'application de la jurisprudence *Fairvesta-Numéricable* à ces avertissements[3828]. En application de cette pratique, la chaîne beIN Sport 1 a par exemple été visée par le CSA après que le commentateur d'un

---

[3823] Art. 3-1, al. 4, *ibid.*
[3824] Not. art. 2-3-2 et 2-3-3 CSA, DIVERSITE TV, *Convention concernant le service de télévision RMC Story*, 3 juillet 2012.
[3825] CSA, déc. du 12 décembre 2016 *analyse de la programmation pour l'année 2015 et du respect de son format : la chaîne Numéro 23 mise en garde* ; CSA, déc. du 26 novembre 2020 *examen du respect des obligations spécifiques à RMC Story (exercice 2019) : la chaîne mise en garde*, (anciennement Numéro 23).
[3826] Au 31 décembre 2021, une recherche sur le site internet du CSA ne donne aucun retour sur d'éventuelles sanctions.
[3827] En ce sens X. DUPRE DE BOULOIS, « "Politiquement correct" et liberté d'expression », *RDLF*, chron. n° 1, 2020.
[3828] CE, ch., 26 juillet 2018, n° 414333, *Groupe Canal Plus*, cons. n° 2.

match de football ait invité un joueur nigérien de « [prendre] *du Banania* »[3829]. En l'espèce, le Conseil a considéré que l'intervenant « *faisait référence à la célèbre marque française de boissons et de produits chocolatés qui renvoie, dans l'inconscient collectif, à la représentation des personnes de couleur durant la période coloniale* [Le] *CSA a considéré que les mots employés dans un tel contexte ne s'inscrivent pas dans l'exigence de promotion des valeurs d'intégration et de solidarité qui sont celles de la République et de lutte contre les discriminations* »[3830]. En conséquence, il a appelé la chaîne à la vigilance sur le respect des dispositions de l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986. En revanche, le régulateur considère qu'un éditeur ne manque pas à ses obligations légales et conventionnelles s'il conserve la maîtrise de l'antenne lorsque des stéréotypes et des préjugés sont véhiculés. Ainsi, à l'occasion d'une réclamation où, invitée sur le plateau de France 2, Mme Morano avait tenu des propos stéréotypés « *susceptibles d'encourager des comportements discriminatoires en raison notamment de la race ou de la religion* »[3831], le CSA a constaté que « *ces propos avaient systématiquement fait l'objet de contestations, parfois très vives, de la part de l'animateur, des chroniqueurs, mais également d'autres invités alors présents sur le plateau. En conséquence, le Conseil a considéré que la maîtrise de l'antenne avait été correctement assurée au cours de cette interview, de sorte qu'aucun manquement caractérisé de la chaîne à ses obligations en matière de droits et libertés n'a pu être constaté* »[3832]. Dans ces conditions, c'est-à-dire lorsque le CSA ne trouve rien à redire à l'éditeur, il lui arrive quand même de rappeler en creux aux opérateurs audiovisuels le comportement qui est attendu de leur part. En l'occurrence, le Conseil a souligné qu'il « *restait vigilant à ce que les éditeurs de télévision et de radio se conforment strictement à leurs obligations, et ne diffusent pas de propos ou d'information susceptibles d'encourager des comportements discriminatoires ou d'alimenter des antagonismes au sein de la communauté nationale* »[3833].

[3829] CSA, déc. du 18 décembre 2018 *commentaires durant le match Nigéria / Islande diffusé le 22 juin 2018 sur beIN Sport 1 : réponse aux plaignants*.
[3830] CSA, déc. du 18 décembre 2018 *commentaires durant le match Nigéria […]*, *op. cit.* V. ég. dans le même sens, CSA, déc. du 2 août 2019 *propos tenus lors du match Strasbourg / Reims du 3 avril 2019 : beIN Sports mise en garde*.
[3831] CSA, déc. du 13 décembre 2015 *propos tenus par Mme Nadine Morano dans l'émission On n'est pas couché (France 2) : réponse aux plaignants*.
[3832] *Ibid.*
[3833] *Ibid.* V. ég. dans le même sens en guise d'invitation à agir, CSA, déc. 15 juin 2016 *représentation des Français d'origine maghrébine dans plusieurs programmes diffusés le 28 février 2016 : réponse à M. Maurad Drif, président de Kit FM*.

746. Ainsi, derrière des normes relatives à la représentation de la diversité, il s'agit essentiellement de diffuser des *role models* et de faire évoluer les imaginaires collectifs. Cependant, la force du symbole apparaît fragile pour infirmer les stéréotypes et les préjugés.

B – La fragilité de la mise en visibilité de la diversité pour infirmer les stéréotypes et les préjugés

747. Plan – Deux difficultés sont relevées ici : la faiblesse opératoire d'une masse critique (1) et les contradictions de fond de la mise en visibilité de la diversité (2).

1 – La faiblesse opératoire d'une masse critique

748. Définition et portée de la théorie – La notion de masse critique est importante pour comprendre les limites de la déconstruction des stéréotypes et des préjugés telle qu'elle est envisagée avec la présence symbolique des membres des groupes discriminés dans l'entreprise, l'enseignement supérieur, l'administration ou l'audiovisuel. Développée dans l'arrêt *Bakke*[3834] à l'appui de la justification d'un dispositif de discrimination positive d'admission à l'université, la théorie de la masse critique établit un lien de corrélation entre la présence en nombre suffisant de personnes appartenant à un groupe discriminé et la déconstruction des représentations collectives péjoratives les affectant. Une masse critique est atteinte à partir du moment où il y a suffisamment de membres d'un groupe dans un effectif donné pour que chacun soit perçu en tant qu'individu et puisse librement s'exprimer en son nom propre et non en tant que porte-parole du groupe[3835]. Il ne s'agit donc pas de rechercher une exacte représentation démographique. Pour le juge Powell, une masse critique d'étudiants Noirs à l'université révèle la diversité interne du groupe et permet de dépasser les stéréotypes et les préjugés[3836]. Elle dévoile l'individu derrière le stigmate et les préjugés qui oppressent le groupe auquel il appartient. Elle contribue ainsi à déconstruire les déterminants collectifs et à limiter les risques de harcèlement discriminatoire susceptibles d'être favorisés par l'isolement d'un individu discriminé au sein du groupe majoritaire[3837].

[3834] CS ÉTATS-UNIS, 28 juin 1978, nº 438 U.S. 265 (1978), *Regents of University of California v. Bakke.*
[3835] M. PEYRONNET, « Promotion de la diversité et lutte contre le harcèlement : même combat ? » *in* M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit -Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 151.
[3836] L. F. Powell *in* D. SABBAGH, *L'égalité par le droit […]*, *op. cit.*, p. 240.
[3837] M. PEYRONNET, « Promotion de la diversité et lutte contre le harcèlement : même combat ? », *op. cit.*, p. 151.

749. L'argument a connu un certain succès, y compris outre-Atlantique. Une recommandation du Comité des ministres de 2005, récemment rappelée par la CEDH, souligne que « *donner aux personnes handicapées la possibilité de participer aux structures d'enseignement ordinaires est important non seulement pour elles, mais aussi pour les personnes non handicapées qui prendront ainsi conscience du handicap en tant qu'élément de la diversité humaine* »[3838]. De nombreuses justifications ont été associées à l'intérêt de construire une masse critique. Pour ce qui concerne les stéréotypes et les préjugés, une masse critique est associée à l'inclusion par la lutte contre les déterminants collectifs. Par exemple, les intérêts des femmes seraient mieux pris en compte dans les instances mixtes[3839]. Une présence significative de personnes de sexe féminin permettrait d'éviter l'entre soi et de fait, de limiter les propos sexistes, la discrimination et le harcèlement en relativisant la valorisation des normes genrées au masculin. Dans les instances de cooptation, la mixité serait vectrice d'exemplarité et de confiance pour les candidates par rapport aux situations dans lesquelles elles sont exclusivement jugées par un comité masculin. Elle permettrait également de lutter indirectement contre le plafond de verre, même si l'identification entre le recruteur et le candidat est loin d'être uniquement fondée sur le sexe[3840].

750. La théorie de la masse critique a reçu l'assentiment de la Cour suprême des États-Unis en 2003 dans l'arrêt *Grutter v. Bollinger*. Le juge a considéré que l'éradication des stéréotypes raciaux au sein d'une université était difficilement envisageable en deçà d'un certain seuil d'étudiants en situation minoritaire[3841]. Dans l'arrêt *Fisher v. University of Texas*, elle a réitéré sa position, dans un contexte qui pouvait pourtant faire douter de la constitutionnalité de cette théorie[3842]. Dans le même esprit, la Cour Suprême du Canada reconnaît l'utilité de certains quotas par sexe pour inclure une masse critique de femmes afin de briser le cycle structurel d'exclusion[3843]. En France, la parité peut volontiers être présentée comme un modèle appliqué

[3838] COMITE DES MINISTRES, recom. n° (2006)5 *Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société : améliorer la qualité de vie des personnes handicapées en Europe 2006-2015*, § 3.4.1 ; CEDH, sect., 10 septembre 2020, n° 59751/15, *G. L. c. Italie*, § 69.
[3839] En ce sens, O. BUI-XUAN, « "Représentation équilibrée" et "représentation […] », *op. cit.*, p. 319-23.
[3840] M. CARRIERE, S. LOUVEL, V. MANGEMATIN et *al.*, *Entre discrimination et auto-censure : les carrières des femmes dans l'enseignement supérieur et la recherche*, Rapport de recherche au ministère national de la Recherche et de la Technologie et à l'Inra, 2006, p. 16, 87, 108-9 ; O. ROUSSELLE, *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier ministre, 2017, p. 23.
[3841] CS ÉTATS-UNIS, 1er avril 2003, n° 02-241 U.S. (2003), *Grutter v. Bollinger*.
[3842] CS ÉTATS-UNIS, 23 juin 2016, n° 579 U.S. (2016), *Fisher v. University of Texas*. Sur cet arrêt, v. not. D. SABBAGH, « Pérennité de la discrimination positive ? L'arrêt Fisher contre Université du Texas (2016) », *Sciences Po. Centre de recherches internationales*, janvier 2017.
[3843] CS CANADA, 25 juin 1987, n° 1 R.C.S. 1114, *Action travail des femmes v. Canadian National Railway Co.*, p. 1127 et 1144.

de la théorie de la masse critique. La radicalité des mesures adoptées, notamment dans les instances administratives comme les conseils d'administration (d'établissements publics ou d'entreprises privées), dans les jurys, les organes consultatifs, ainsi que pour les scrutins départementaux, a conduit mécaniquement à instaurer une masse critique de femmes dans ces instances[3844]. Par conséquent, si l'un des objectifs des quotas est d'imposer la présence des membres de groupes sociaux discriminés jusqu'à hauteur d'un certain seuil à partir duquel ils ne seront plus considérés comme des représentants, alors la parité semble avoir atteint son but[3845]. En comparaison, l'application de la théorie de la masse critique apparaît beaucoup plus contrastée concernant la représentation de la diversité. Au moins deux éléments semblent y faire obstacle.

751. La faiblesse des masses visées – Sur un plan démographique, cette théorie se révèle inadaptée au regard de la proportion relativement faible des personnes concernées[3846]. Il est même possible de douter que la part des groupes discriminés dans la population soit suffisamment importante pour nourrir une masse critique dans l'ensemble des espaces visés. Cette proportion ne peut qu'être modeste au regard du nombre d'individus concernés rapportés aux effectifs d'ensemble[3847]. Ces considérations démographiques se doublent d'un faible degré d'institutionnalisation. Quel que soit le type de normes envisagées, la représentation de la diversité est peu formalisée et dénuée de sanction. La recherche d'une masse critique semble tout simplement ignorée. Une illustration est donnée par le décret qui réglemente la composition

---

[3844] Not. dans les conseils de surveillance et d'administration des sociétés cotées, les grandes entreprises et dans certains entreprises et établissements publics ; les établissements publics administratifs ; les mutuelles ; les jurys de concours, les commissions paritaires de la fonction publique et certains emplois de direction et d'encadrement ; les instances dirigeantes de certaines fédérations sportives ; les élections des chambres régionales du commerce et de l'industrie, des chambres départementales et régionales d'agricultures ; certaines AAI ; les élections syndicales. V. not. loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 *relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle* dite loi « Copé-Zimmermann » ; loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 *relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique* ; loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 *relative à l'enseignement supérieur et à la recherche* ; loi n° 2014-873 du 4 août 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* ; ord. n° 2015-948 du 31 juillet 2015 *relative à l'égal accès des femmes et des hommes au sein des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes* ; ord. n° 2015-949 du 31 juillet 2015 *relative à l'égal accès des femmes et des hommes au sein des ordres professionnels* ; ord. n° 2015-950 du 31 juillet 2015 *relative à l'égal accès des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration des mutuelles* ; loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires* ; ord. n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 *relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales* ; loi n° 2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique*.

[3845] En ce sens, G. CALVES, *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016, p. 92.

[3846] *Ibid*., p. 95.

[3847] L'emploi public compte 5,56 millions d'agents au 31 décembre 2018 par ex. V. DGAFP, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Politiques et pratiques de ressources humaines. Faits et chiffres*, 2020, p. 75.

du Conseil d'administration du Consortium des centres internationaux de recherche agricole. Le texte indique sans plus de précision que le choix et la désignation des membres tiennent compte de « *la nécessité d'assurer la parité entre les sexes et la diversité* »[3848]. S'agissant de la diversité dans les organes de direction de certaines entreprises, un comité de nomination est chargé d'identifier et de recommander pour approbation des candidats aptes à être sélectionnés en tenant compte d'un éventail de critères censés refléter la diversité, mais aucune considération ne s'attache à une masse critique[3849]. Au contraire, l'Autorité européenne de sécurité des marchés recommande aux opérateurs de « *faire en sorte que les candidats présélectionnés pour devenir membres de leur organe de direction couvrent au moins un des domaines* […] *liés à la diversité qui n'est actuellement pas représenté au sein de l'organe de direction* »[3850]. Ainsi, les directives donnent la priorité à une représentativité la plus large possible, ce qui est tout le contraire d'une masse critique. Certes, dès lors qu'il est admis que la variété des opinions et des expériences peut être corrélée à la situation vécue par les personnes discriminées, un effet positif sur l'invalidation des stéréotypes et des préjugés peut légitimement être attendu de la diversification de ces instances, indépendamment de l'existence d'une masse critique. Néanmoins, cette configuration ne protège pas l'individu qui, isolé, risque de pâtir de stéréotypes et de préjugés et d'être enfermé dans des rôles caricaturaux, notamment dans une fonction assignée de porte-parole du groupe. Elle comportent également un risque élevé de dérive vers la recherche d'une *diversity washing*. L'absence de quantification révèle aussi ce qui est peut-être une spécificité de la théorie de la masse critique. Aux États-Unis, la Cour suprême admet que celle-ci « *paradoxalement n'est caractérisée que par les effets bénéfiques censés résulter de son obtention, sans faire l'objet d'une description quantifiée* »[3851]. Cette imprécision peut s'expliquer par le rôle de cette théorie dans la justification de mécanismes de discrimination positive informels. Il faut donc admettre que cette indétermination est sans doute consubstantielle à la notion de masse critique.

[3848] Art. 7, 5. décr. n° 2014-1009 du 4 septembre 2014 *portant publication de l'accord instituant le Consortium des centres internationaux de recherche agricole en qualité d'organisation internationale (ensemble un acte constitutif et trois annexes), signé à Montpellier le 13 septembre 2011*.

[3849] Art. 88, 2, a) dir. n° 2013/36/UE du PE 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* et art. 45, 4. a) dir. n° 2014/65/UE du PE 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* ; art. L. 511-98, al. 2 et L. 421-7-3, II, 1° et c. mon. et financier.

[3850] AEMF, *Orientations relatives à l'organe de direction des opérateurs de marché et des prestataires de services de communication de données*, n° ESMA70-154-271 FR, 2017, p. 16, § 46.

[3851] D. SABBAGH, « Pérennité de la discrimination positive ? […] », *op. cit.*

752. Les obstacles à la quantification d'une masse critique – Sur un plan juridique, la quantification d'une masse critique semble également compromise. Dans le cadre de fictions ou dans le contenu de programmes thématiques, les éditeurs de services audiovisuels pourront notamment s'appuyer sur l'article L. 1133-1 du Code du travail qui autorise les différences de traitement lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée[3852]. En revanche, l'application de cette disposition à la sélection des personnes chargées de chroniquer une émission quelconque laisse déjà sceptique, et à plus forte raison dans d'autres champs sociaux. Dans ces conditions, il est clair qu'il y a une grande part d'informel et même d'incantation dans le principe d'une présence symbolique. Sous réserve des autres exceptions prévues par le droit, notamment sur l'égalité entre les hommes et les femmes, une quantification supposerait d'accorder une consistance positive à des motifs couverts par le droit de la non-discrimination, au risque de créer des discriminations à rebours[3853]. Le principe même d'une quantification apparaît contraire à la jurisprudence de la CJUE qui interdit l'attribution d'une préférence automatique en matière d'action positive[3854]. Une telle entreprise de quantification supposerait un redoutable exercice d'identification, parfois inconciliable avec la dogmatique juridique de l'égalité dès lors qu'il concernerait *a minima* l'origine, la « race » ou la religion[3855]. Les critères actuellement mobilisables dans le droit positif ne seraient d'aucun recours ici pour définir et quantifier les publics cibles. Un simple sentiment d'hétéro-perception comme celui utilisé par le CSA serait insuffisant et impossible à mettre en œuvre. Les critères des lieux de naissance et du nom seraient également rapidement lacunaires compte tenu du brassage des populations. Toute définition construite par le haut s'avère inconcevable dans ce cas de figure. En tout état

---

[3852] Art. L. 1133-1 et R. 1142-1 c. trav. ; art. 225-3, 3° c. pénal. V. not. K. BERTHOU, « Différences de traitement, esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *DS*, n° 4, 2009, p. 410-8.

[3853] Art. 7 dir. 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* ; art. 5 dir. n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 *relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* ; art. 3 dir. n° 2006/54/CE du PE et du Conseil du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'galité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail*.

[3854] CJCE, 17 octobre 1995, n° C-450/93, *Kalanke*.

[3855] V. not. Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. n° 13 ; Cons. const., 15 juin 1999, n° 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, cons. n° 6. V. ég. auparavant en matière de quotas par sexe Cons. const., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Quotas par sexe*, cons. n° 5-9 ; Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, cons. n° 10-12 ; Cons. const., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, *Loi organique relative au statut des magistrats*, cons. n° 56-9 ; Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, cons. n° 112-5 ; Cons. const., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, cons. n° 12-6.

de cause, une masse critique est, en raison de la « *"diversité" même de la "diversité"* »[3856], impossible à concrétiser. Et si les directives n° 2013/36/UE et 2014/65/UE et le Code AFEP-MEDEF visent une composition des « *organes de direction* […] *suffisamment diversifiés en ce qui concerne l'âge, le sexe, l'origine géographique, la formation et les compétences professionnelles* »[3857] qui aurait pu aiguiller sur le contenu de cette diversité, le législateur a préféré la simple mention d'une politique de diversité sans plus de précision sur les composantes visées[3858].

2 – Les contradictions de fond

753. Plan – Ces difficultés tiennent aux apories d'un principe de présence (a) et aux oscillations entre plusieurs logiques de présence (b).

a – Les apories d'un principe de présence

754. Un fondement paradoxal – La présence des groupes sociaux n'épuise pas la question des discriminations, car elle ne conduit pas nécessairement à renverser le stigmate. Il est possible d'être septique devant la confiance accordée à la lutte contre les stéréotypes et les préjugés comme instruments de transformation sociale suffisants dans ce contexte. A. Einstein ne disait-il pas qu'« *il est plus difficile de désagréger un préjugé qu'un atome ?* »[3859]. Comme le souligne D. Sabbagh, « *si la théorie du role model a connu son heure de gloire aux États-Unis dans les années 1970* […] *peu de responsables universitaires américains manifesteraient aujourd'hui l'enthousiasme sans nuance à son endroit* […] *rencontré chez la plupart de leurs homologues français* »[3860]. L'infirmation des représentations collectives nécessite un travail en profondeur, qui n'est efficace qu'en lien avec une transformation structurelle de la société. Certes, l'existence d'une diversité sociodémographique assure une fonction critique. Comme la parité avec laquelle il entretient des affinités, la présence des membres de groupes discriminés a introduit une brèche dans l'ordre social[3861]. Dans les années 2000, le constat de l'homogénéité de certaines positions sociales a conduit à inscrire le problème des discriminations ethno-

[3856] G. CALVES, *La discrimination positive*, *op. cit.*, p. 95.
[3857] § 60, exposé des motifs dir. n° 2013/36/UE du PE et du Conseil du 26 juin 2013 *concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit […]*, *op. cit.* ; § 53, exposé des motifs, dir. n° 2014/65/UE du PE et du Conseil du 15 mai 2014 *concernant les marchés d'instruments financiers […]*, *op. cit*., § 6. 2.
[3858] V. art. L. 421-7-4, L. 511-98 et L. 421-7-3 c. mon. et financier. V. ég. L. 22-10-10, 2° c. com.
[3859] En 1939, des scientifiques ont réalisé une fission nucléaire, une opération qui paraissait alors impossible.
[3860] D. SABBAGH, « Paris/Texas : Les voies détournées de la "diversité" […] », *op. cit*., p. 85-112, spéc. p. 105.
[3861] L BERENI, « La diversité, ruse ou dévoiement de l'égalité ? », *L'Observatoire*, n° 56, 2020, p. 32.

raciales à l'agenda des organisations, brisant ainsi le déni qui régnait alors dans les milieux de pouvoir. Bien que cet aspect de la discrimination se soit ensuite érodé dans les politiques publiques, l'absence d'une diversité sociodémographique de fait continue de renvoyer aux inégalités ethno-raciales. Dans le secteur de l'audiovisuel ou de la culture par exemple, cette présence ou plutôt cette absence, assure toujours une fonction critique[3862]. Là comme ailleurs, il apparaît aujourd'hui de plus en plus difficile de justifier l'existence d'une assemblée composée uniquement d'hommes perçus comme « blancs » âgés d'une cinquantaine d'années, comme le rappelle notamment l'article L. 22-10-10 du Code de commerce sur la politique de diversité dans les *boards*. Cette visibilité peut toujours se muer en outil de déstabilisation discrète des inégalités, même s'il est regrettable que cet effet se cantonne essentiellement aux sphères de responsabilité et soit assez limité[3863]. À tout le moins, elle est majoritairement perçue comme un « *facteur de cohésion sociale et de non-discrimination* »[3864]. Cependant, la présence des membres des groupes discriminés ne résout pas la question de la discrimination, en particulier des stéréotypes et des préjugés[3865]. La pierre d'achoppement de la théorie des modèles d'identification positive et de la monstration des individus réside dans l'aporie de leur matrice d'identification, le stigmate, qu'elles ont précisément pour finalité d'éliminer[3866]. Ce faisant, les normes de représentation de la diversité poursuivent un objectif contradictoire : invalider les stéréotypes infériorisant nés d'un marqueur de différenciation tout en le mettant en valeur. Ce paradoxe repose sur le présupposé suivant lequel l'exclusion de quelques-uns des positions sociales valorisées révèle et renforce l'éviction de l'ensemble des groupes discriminés. Il faudrait donc renverser cette logique d'ostracisme, en assurant une plus forte visibilité de ces personnes et ainsi engendrer une reconnaissance symbolique dans l'imaginaire collectif[3867]. De ce fait, la prépondérance du symbole éclipse totalement le service public de

[3862] V. par ex. CSA, *Baromètre de la diversité de la société française. Vague 2020*, 2021 ; COLLEGE DE LA DIVERSITE, *Promouvoir la diversité dans le secteur culturel. Le livre blanc du collège de la diversité*, Ministère de la Culture, 2017.
[3863] L BERENI, « La diversité, ruse ou dévoiement de l'égalité ? », *op. cit.*, p. 32.
[3864] FRANCE STRATEGIE, *La RSE, démarche de dialogue et levier de transformation*, 2019, p. 11.
[3865] En ce sens, à propos du genre v. ASSOCIATION NATIONALE DES ETUDES FEMINISTES, *Le genre dans l'enseignement supérieur et la recherche*, Paris, La Dispute, 2014, p. 204.
[3866] E. DESCHAVANNE, « La discrimination positive face à l'idéal républicain : définition, typologie, historique, arguments » *in* CAS, *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, 2006, p. 139-40.
[3867] M. NAYRAC, « La question de la représentation des minorités dans les médias […] », *op. cit.*, § 6.

l'emploi, dont le rôle dans la lutte contre les représentations collectives pourrait être plus important, au bénéfice d'une réflexion qui tend à se polariser sur le secteur de l'audiovisuel[3868].

755. Des biais essentialisant – Pourtant, la promotion de quelques figures symboliques pourrait retarder la dissolution des stéréotypes en les alimentant, voire en les cristallisant[3869]. Une présence plus importante de personnes discriminées risque de conforter les rapports d'exclusion, dès lors que ces individus sont appréhendés à l'aune d'une norme sociale implicitement définie par rapport au groupe majoritaire. Derrière l'idée de représentation de la diversité, les personnes ne répondant pas à cette normalité sont renvoyées à une condition d'allogène[3870]. Cet implicite est manifeste sous l'expression de personnes « *issues de la diversité* »[3871] dont la filiation avec la formule « issues de l'immigration » traduit bien l'existence de marqueurs de différenciation entre des groupes sociaux inégaux[3872]. Cette condition est d'autant plus marquée que la différence est souvent réduite à une mise en scène visible, à une « *altérité visuelle* »[3873]. Aux États-Unis, la prise en compte de ce type de critères a eu pour effet pervers et paradoxal d'interroger sans arrêt les individus sur leur(s) particularisme(s), contribuant ainsi à réifier les appartenances[3874]. Ainsi, en dépit de sa bienveillance, cette visibilité peut réactiver les biais essentialisant en réduisant une personne à la seule dimension de son être qui l'expose à la discrimination, en dépit de ce qui la singularise.

756. Si l'idée d'une présence symbolique de la diversité des individus est bien de créer des *role models* et de faire évoluer les mentalités collectives comme cela semble le cas, alors cette intention est susceptible d'aller à rebours de l'inclusion recherchée. En effet, le risque avec les normes de présence est de retomber dans des stéréotypes plus stigmatisants que libérateurs. Au nombre de ces clichés, les représentants se trouvent soit sommés d'endosser bon gré mal gré les revendications égalitaires, soit suspectés de défendre les intérêts particularistes[3875]. Ceci est

---

[3868] M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018, p. 261-6.
[3869] E. Y. SOUM, V. GEISSER, « La diversité made in France : une avancée démocratique en trompe-l'œil », *RIS*, n° 73, 2009, p. 107.
[3870] P. BANON, *Réinventions les diversités : pour un management éthique des différences*, Paris, First Éd., 2013, p. 77.
[3871] V. par ex. CSA, *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2016*, Rapport au Parlement, 2017, p. 8.
[3872] Dans divers champs, v. par ex. E. MACE, « Des minorités visibles » aux néostéréotypes […] », *op. cit.*, p. 69-87, § 9 ; G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la DGAFP, 2005, p. 28.
[3873] C. KALINI, *La diversité en France : un nouvel enjeu de société*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 27.
[3874] H. GARNER-MOYER, *Réflexions autour du concept de diversité. Éclairer pour mieux agir*, AFMD, 2012, p. 16.
[3875] M. NAYRAC, « La question de la représentation des minorités dans les médias […] », *op. cit.*, § 6.

d'autant plus vrai que leur appartenance à un groupe discriminé tend le plus souvent à en faire des représentants « naturels » des autres groupes discriminés aux yeux des personnes en situation majoritaire[3876]. Or, cette tendance conduit à réifier les appartenances bien au-delà des réalités et à nier la diversité interne au groupe. Pris dans ce que J. Scott a appelé le paradoxe minoritaire, les individus discriminés sont voués à prendre la parole « en tant que », pour ne pas être traités en tant que femmes, personnes perçues comme noires ou musulmanes, etc.[3877]. Si certains stéréotypes sont effectivement dépassés, c'est souvent au prix de néostéréotypes qui ne soldent en rien le problème[3878].

757. La reproduction de rapports de domination – Cet enfermement et cette hiérarchisation des individus ont pour point commun de reproduire un schéma ethnocentrique d'assimilation. Par conséquent, elles s'inscrivent moins en rupture avec les représentations passées de la différence que comme un héritage qui aurait été actualisé[3879]. En prétendant sortir les individus discriminés d'une situation d'inégalité de façon autoritaire et unilatérale, elles entretiennent insidieusement une frontière imaginaire entre « "*eux" et "nous"* »[3880]. Ce procédé consistant à mettre en valeur des citoyens par le haut débouche sur l'accentuation paradoxale de la domination et de la marginalisation de ces personnes. Cette « *diversité imposée et octroyée* »[3881] fige les identifications stéréotypées qu'elle prétend combattre. Quelques individus triés sur le volet sont autorisés à pénétrer les sphères valorisées, mais sans jamais être considérés comme des égaux, car « originaires de… » ou « issus de… ». Les membres du groupe majoritaire ne sont pas « divers », ils sont uniques, et ce sont les autres qui incarnent la diversité à leurs yeux et qui sont sommés de le faire[3882]. Un facteur discriminatoire introduit une visibilité, mais il est un obstacle à la reconnaissance comme un pair[3883]. Pour ces individus « *la diversité est à la fois un point de départ et un point d'arrivée : ils en viennent (la diversité est donc finalement extérieure à la société française), et en outre on leur assigne pour tâche de*

[3876] V. par ex. M. AVANZA, « Qui représentent les élus de la "diversité" ? Croyances partisanes et points de vue de "divers" », *RFSP*, nº 4, 2010, p. 745-67.
[3877] E. FASSIN, « Les couleurs de la représentation. Introduction », *RFSP*, nº 4, 2010, p. 661 et 662.
[3878] V. par ex. E. MACE, « Des minorités visibles » aux néostéréotypes […] », *op. cit.*, p. 69-87.
[3879] V. GEISSER, « Minorités visibles versus majorité invisible : promotion de la diversité ou de la diversion ? », *Migrations Société*, nº 111-2, 2007, p. 8.
[3880] R. SENAC, *L'égalité sous conditions. Genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 131. *Pro* Y. EL SOUM, V. GEISSER, « La diversité made in France […] », *op. cit.*, p. 106.
[3881] V. GEISSER, « Minorités visibles versus majorité invisible […] », *op. cit.*, p. 10.
[3882] F. DHUME, K. HAMDANI, *Vers une politique française de l'égalité. Rapport du groupe de travail « Mobilités sociales » dans le cadre de la Refondation de la politique d'intégration,* Rapport au ministre de l'Emploi, du Travail, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, et à la ministre déléguée à la Réussite éducative, 2013, p. 51, NBP nº 52.
[3883] N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? […]*, *op. cit.*, p. 53.

la "représenter" »[3884]. Cette violence symbolique est d'autant plus intense que la représentation de la diversité telle qu'elle est actuellement envisagée laisse implicitement penser que le plancher est aussi un plafond. Comme le dénonce G. Calvès, « *un peu de "diversité" c'est bien (ça apporte une "touche de couleur"), mais point trop n'en faut* »[3885]. En outre, ces pratiques peuvent donner l'illusion que les responsabilités sont ouvertes à tous, mais la réalité est sans conteste plus nuancée. Si les membres des groupes discriminés qui ont « réussi » sont mis en avant comme symboles d'ouverture, leur seule présence conduit à relativiser, parfois au corps défendant des intéressés, l'ampleur des discriminations exercées par l'environnement dans lequel ils évoluent. La mise en scène de petites élites issues de groupes minorisés vient alors en contrepoint de la persistance des traitements discriminatoires et des stéréotypes et des préjugés dans les pratiques[3886]. Par ailleurs, elle contraste fortement avec le maintien de règles qui freinent la diversité, comme l'interdiction de certains emplois aux étrangers dans la fonction publique ou le secteur privé[3887]. Les sociologues anglo-saxons parlent de *tokenism* pour désigner les effets pervers de cette visibilité consistant à produire des efforts symboliques d'inclusion des groupes discriminés pour se soustraire aux soupçons de discrimination. Dans ce cas de figure, la faible proportion numérique est légitimée par la représentativité symbolique. Le seul impératif est que toutes les positions symboliquement valorisées soient ouvertes sans discrimination[3888]. Ce risque a clairement été pointé du doigt avec les normes sur les politiques de diversité dans les organes dirigeants des entreprises[3889]. À rebours de ce « *diversity washing* »[3890], l'idée selon laquelle la composition des effectifs d'une organisation doit être aménagée de façon à redresser les stéréotypes et à infirmer les préjugés impliquerait, si elle était vraiment prise au sérieux, de distinguer les métiers prestigieux de ceux qui le sont moins, des fonctions déjà inclusives de celles qui ne le sont pas, etc. [3891]. À défaut d'une telle ingénierie, qui au demeurant paraît assez éloignée des canons juridiques français, il est illusoire d'imaginer

---

[3884] G. CALVES, « Mesurer les discriminations, mesurer la "diversité" ? » *in* E. BADINTER, J. –L. AMSELLE, J. –P. DOZON et *al*., *Le retour de la race : contre les "statistiques ethniques"*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, 2009, p. 192.

[3885] F. DUPIN, « Entretien avec Gwénaële Calvès », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012, p. 23.

[3886] C. POIRET, « Les processus d'ethnicisation et de raci(ali)sation dans la France contemporaine : Africains, Ultramarins et "Noirs" », *Revue européenne des migrations internationales*, n° 1, 2011, p. 124.

[3887] V. DDD, Avis n° 16-19 du 21 juillet 2016 *sur le projet de loi n° 773 relatif à l'Égalité et à la Citoyenneté*, p. 15-6 ; art. 199 loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

[3888] B. BOËNE, « La représentativité des armées et ses enjeux. Revue de la littérature, comparaison des cas français, américain et britannique », *L'Année sociologique*, n° 2, 2011, p. 361. V. par ex. F. CLEMENCEAU, « Armée : pourquoi les généraux résistent à la diversité », *Le JDD*, 24 mars 2018.

[3889] V. par ex. C. MALECKI, « Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable », *BMIS*, n° 12, 2014, p. 732-9.

[3890] R. SENAC, « L'éloge de la diversité ou le "racisme bienveillant" », *Le Courrier*, 27 mars 2013.

[3891] En ce sens, G. CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique […]*, *op. cit*., p. 38.

que ces quelques mesures pourront à elles seules enclencher un cercle vertueux conduisant à l'éradication des déterminants collectifs. Du reste, le précédent de la parité a bien montré comment les femmes, malgré l'instauration de quotas très contraignants, étaient plafonnées ou cloisonnées aux portes des plus hautes responsabilités et souvent cantonnées à des fonctions genrées[3892]. D'autant que les personnes mises en avant pour leurs singularités sont aussi souvent traitées comme des « *minorités jetables* »[3893], ainsi que les partis politiques en ont fait la démonstration. Dans cette lutte pour l'infirmation des représentations collectives, il est possible de se demander s'il ne vaudrait pas mieux renoncer à exploiter les ressources symboliques de la différence en gratifiant les individus d'une reconnaissance teintée de condescendance, pour respecter cette donnée ontologique fondamentale selon laquelle tout individu est unique, et ainsi tendre plus sûrement vers l'indifférence aux différences[3894]. Devant l'adhésion sans nuance des pouvoirs publics et des acteurs de la société civile à la représentation de la diversité, la question mériterait d'être posée.

b – Les oscillations entre plusieurs logiques de présence

758. Plan – En dernière analyse, la représentation de la diversité peut interroger au regard de ce qu'elle est susceptible de sous-tendre. Les normes sur la diversité semblent hésiter entre plusieurs logiques de présence des membres des groupes discriminés, sans qu'il soit toujours possible de les départager avec certitude. D'un côté, elles oscillent avec la logique économique (α) et de l'autre avec la logique de la reconnaissance (β). Ces approximations se cumulent avec les difficultés à saisir l'objectif de représentation déjà soulignées précédemment.

α – La logique économique

759. Une finalité ambiguë – À lire les dispositions des directives sur la diversité dans les organes de direction des grandes entreprises, le Parlement européen et le Conseil ont mis l'accent sur l'efficacité économique de ces instances plutôt que sur la logique de l'antidiscrimination. Il s'agit de valoriser les différences pour maximiser l'efficacité des

[3892] Pour un aperçu, dans la sphère politique v. par ex. R. SENAC, *L'égalité sous conditions […]*, *op. cit.*, p. 154 ; I. BOUCOBZA, C. GIRARD, « Représentation ou représentativité des femmes dans les institutions politiques » *in* O. BUI-XUAN (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 103-4. Dans la sphère administrative, v. O. BUI-XUAN, « Égalité professionnelle. Cherchez la transformation ! », *DS*, nº 12, 2019, p. 1015-9 ; O. BUI-XUAN, « Pour un "acte II" du dispositif de féminisation de la haute fonction publique », *AJFP*, nº 3, 2019, p. 131-7.
[3893] E. FASSIN, « Les couleurs de la représentation. Introduction », *op. cit.*, p. 657.
[3894] M. DOYTCHEVA, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2e éd., 2011, p. 106.

ressources humaines. La priorité est donnée à la lutte contre le conformisme de groupe par la recherche de l'indépendance de vues, la contestation critique ainsi que d'opinions et d'expériences variées[3895]. Pour autant, les directives entretiennent une certaine ambiguïté avec la lutte contre les stéréotypes et les préjugés. Leurs auteurs ont mobilisé un argumentaire inspiré du *business case* de la diversité, tout droit tiré de la jurisprudence américaine sur l'*affirmative action*[3896]. En effet, à l'occasion de diverses affaires portant sur l'*affirmative action,* le juge s'est appuyé sur l'existence supposée d'une corrélation entre critère de discrimination et résistance au conformisme pour justifier une mesure de discrimination positive[3897]. En outre, les critères invoqués ne sont pas neutres dans ce contexte. Il a souvent été reproché aux organes de direction des grandes entreprises leur homogénéité sociodémographique. La faible présence des femmes dans ces instances – alors même que des quotas viennent d'être adoptés[3898] – ou, à l'inverse, la proportion souvent élevée d'hommes âgés – à tel point que certains établissements ont introduit un âge plafond – laisse suspecter l'existence de discriminations indirectes[3899]. De ce point de vue, l'introduction dans ces instances de personnes considérées sous l'angle de l'âge, du sexe ou de l'origine géographique peut donc tout aussi bien viser la représentation d'opinions et d'expériences variées pour optimiser l'efficacité des ressources humaines, que la déconstruction des mentalités collectives pour prévenir les discriminations dans ces organes.

β – La logique de la reconnaissance

760. Position du problème – Explicité aux États-Unis en termes de pluralité d'« *expériences, perspectives et idées* »[3900], le paradigme de diversité a historiquement constitué le principal point d'articulation entre deux registres discursifs jusque-là disjoints : la

[3895] § 60, exposé des motifs dir. nº 2013/36/UE du PE et du Conseil du 26 juin 2013 *concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit […]*, *op. cit*. V. aussi § 53, exposé des motifs, dir. nº 2014/65/UE du PE et du Conseil du 15 mai 2014 *concernant les marchés d'instruments financiers […]*, *op. cit*.
[3896] CS ÉTATS-UNIS, 28 juin 1978, nº 438 U.S. 265 (1978), *Regents of University of California v. Bakke ;* CS ÉTATS-UNIS, 27 juin 1990, nº 497 U.S. 547 (1990), *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission* ; CS ÉTATS-UNIS, 1er avril 2003, nº 02-241 U.S. (2003), *Grutter v. Bollinger* ; CS ÉTATS-UNIS, 23 juin 2016, nº 579 U.S. (2016), *Fisher v. University of Texas.*
[3897] Pour une discussion de cette corrélation, v. D. SABBAGH, « Discrimination positive et "diversité" : les chaînons manquants », *Raison publique*, nº 17, 2012, p. 199-217.
[3898] Art. 14, 15, 16 loi nº 2021-1774 du 24 décembre 2021 *visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle* dite *loi Rixain.*
[3899] V. B. FRANÇOIS, « Des quotas légaux de femmes parmi les cadres dirigeants et les membres des instances dirigeantes », *RdS*, nº 5, 2021, p. 478 ; B. LECOURT, « Directive nº 2014/95/UE du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non financières par les sociétés », *RDS*, nº 2, 2014, p. 134-9.
[3900] L. F. Powell *in* D. SABBAGH, *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, p. 239.

thématique de l'égalité raciale et celle du pluralisme culturel[3901]. En France, la lutte contre les discriminations n'est pas une politique de pluralisme culturel telle qu'elle est proposée en philosophie politique[3902]. D'inspiration individualiste et égalitaire, les caractéristiques particulières ne sont prises en compte que pour neutraliser les effets défavorables produits par leur interaction avec l'environnement des personnes. Pourtant, elle conduit en pratique à accroître la visibilité des identifications particulières. Dans ce contexte, la représentation de la diversité de la société française pose la question d'éventuels enjeux de reconnaissance des groupes infraétatiques attachés aux normes de présence symbolique. Au-delà du démantèlement des stéréotypes et des préjugés, celles-ci pourraient prendre en compte les différences identitaires pour ce qu'elles sont, afin qu'elles acquièrent une véritable visibilité dans l'espace public en tant que telles. Pour sa part, la sociologue M. Doytcheva a jugé possible de qualifier *a posteriori* les pratiques de certaines entreprises signataires de la Charte de la diversité de « *forme "souple" des politiques identitaires de reconnaissance* »[3903]. De ce point de vue, il y a une ambivalence entre représentation de la diversité et représentation des identités. Alors que l'appartenance à un groupe infraétatique uni par des caractéristiques identitaires communes est traditionnellement refoulée dans la sphère privée conformément à un universalisme abstrait, la mise en visibilité de la diversité de la société française tend à les faire rejaillir dans l'espace public.

761. Un registre emprunté au pluralisme culturel – Sous ce rapport, la représentation de la diversité semble s'insérer dans un registre du pluralisme culturel (« miroir », « refléter », « représenter », etc.) qui peut surprendre. Même si les mots « multiculturalisme » ou « multiculturel » ne sont pas employés, il est troublant par exemple de constater que le Conseil de l'Europe inscrit le problème de la situation minoritaire des Roms/Tsiganes dans le même registre. Ainsi, d'un côté, il s'agit de « *refléter la diversité de la population française* »[3904], de

---

[3901] R. OUDGHIRI, D. SABBAGH, « Des usages de la "diversité" : éléments pour une généalogie du multiculturalisme américain », *RFSP*, 1999, n° 49, p. 443-68.

[3902] Sur les approches ouvertes au pluralisme culturel, étant entendu que ces auteurs n'appartiennent pas aux mêmes courants de pensée, v. par ex. W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001 ; A. C. MACINTYRE, *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, Paris, PUF, 1993 ; A. RENAUT, *Libéralisme politique et pluralisme culturel*, Nantes, Pleins feux, 1999 ; C. TAYLOR, *Multiculturalisme : Différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994 ; M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, 1999 ; M. WALZER, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Éd. du Seuil, 1997 ; I. M. YOUNG, « Polity and group difference : a critique of the ideal of universal citizenship », *Ethics*, n° 2, 1989, p. 250-74.

[3903] M. DOYTCHEVA, *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, p. 181.

[3904] V. par ex. CSA, déc. n° 2000-1021 du 29 novembre 2000 *portant reconduction de l'autorisation délivrée à la société Canal Plus modifiée par : avenant n° 1 du 27 novembre 2000 et avenant n° 2 du 19 décembre 2000* ; G.

l'autre de « *refléter la diversité de la population rom/tsigane* »[3905]. Dans le même sens, et contrairement à ce que soutenait la HALDE en 2009, la diversité de la société française semble traitée sous l'angle de la représentation-miroir dans le baromètre du CSA, qui s'appuie en partie sur les données démographiques de l'INSEE pour comparer au réel la part de certains groupes d'individus à la télévision[3906].

762. Il est relevé également que la représentation de la diversité tend à être associée à la diversité culturelle dans le droit de l'audiovisuel. Par exemple, France Télévisions et Arte « *mettent en œuvre des actions en faveur* […] *de la diversité culturelle, de la lutte contre les discriminations* […] *Elles s'attachent notamment à* […] *assurer une meilleure représentation de la diversité de la société française, notamment d'outre-mer* »[3907]. Or, la diversité culturelle est considérée comme une valeur à préserver dans les sociétés multiculturelles et d'aucuns souhaitent la prolonger par des droits culturels[3908]. Cette proximité pose à nouveau la question de la reconnaissance des groupes. Sur le plan historique, la diversité culturelle résonne avec le mot d'ordre de l'interculturel qui participait à la maîtrise des flux migratoires par l'État dans les années 1970. Les politiques culturelles servaient alors à maintenir un lien entre les étrangers et leurs pays d'origine dans la perspective de leur rapatriement[3909]. Cette histoire est aujourd'hui consacrée dans les orientations des chaînes à travers par exemple « *la représentation à l'antenne* [de] *la diversité des origines et des cultures de la communauté nationale* »[3910]. Elle structure aussi la création audiovisuelle. Les œuvres traitant de la diversité de la population

---

CALVES, « "Refléter la diversité de la population française" : naissance et développement d'un objectif flou », *RISS*, n° 183, 2005, p. 177-86.

[3905] Annexe, § 1, recom. du Comité des ministres aux États membres n° R (2000) 4 du 3 février 2000 *sur l'éducation des enfants roms/tsiganes en Europe*.

[3906] Not. le sexe, l'âge, le territoire et la CSP. V. par ex. CSA, *Baromètre de la diversité […]*, *op. cit*., 2021, p. 5-6. Cf. HALDE, *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines […]*, *op. cit.*, p. 6.

[3907] Art. 43-11 al. 2 loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*. V. ég. concernant les services de radio et de télévision qui n'utilisent pas les fréquences assignées par le régulateur et la Chaîne parlementaire, art. 33-1 et 45-2, al. 2.

[3908] Sur l'intérêt de préserver la diversité culturelle, v. par ex. préambule et art. 2, 3 Conv. sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005 ; préambule et art. 1er à 4 Déclaration universelle sur la diversité culturelle, 2 novembre 2001. Sur la notion de droits culturels et leur reconnaissance, v. par ex. M. BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2009, spéc. p. 5 ; P. MEYER-BISCH, « Analyse des droits culturels », *Droits fondamentaux*, n° 7, 2008, p. 1-35 ; A. RENAUT, S. MESURE, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Flammarion, 2001, p. 256.

[3909] V. par ex. dir. n° 77/486/CEE du 25 juillet 1977 *visant à la scolarisation des enfants des travailleurs*. Sur ce point, v. M. DOYTCHEVA, *Une discrimination positive à la française ? Ethnicité et territoire dans les politiques de la ville*, Paris, la Découverte, 2007, p. 103-4.

[3910] Annexe, art. 37, décr. n° 2009-796 du 23 juin 2009 *fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions*. Dans le même sens, annexe, art. 5-1, décr. n° NOR : MCCT8700453D 13 novembre 1987 *portant approbation des cahiers des missions et des charges de la société Radio France et de l'Institut national de l'audiovisuel*.

peuvent recevoir une aide financière de la Commission images de la diversité placée auprès de l'Agence nationale de la cohésion et des territoires[3911]. Cette instance prend notamment en considération la contribution de la production à la connaissance « *des réalités et des expressions des populations immigrées ou issues de l'immigration et de leur intégration, des populations des départements et régions d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer ainsi qu'à la mise en valeur de leur mémoire, de leur histoire, de leur patrimoine culturel et de leurs liens avec la France* »[3912]. La « *promotion de la diversité culturelle et linguistique* »[3913] constitue également un objectif spécifique qui peut justifier qu'un opérateur radiophonique se voit imposer par l'ARCEP une bande de fréquence radioélectrique pour émettre. Sur le plan des rapports entre ordres normatifs, la diversité culturelle figure parmi les dispositions du droit international et du droit de l'Union européenne qui se rattachent au pluralisme culturel. Il s'agit notamment de l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux selon lequel « *l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique* »[3914]. Pour G. Braibant, cet article est une « *expression atténuée de la reconnaissance des minorités* »[3915]. Ce fondement a donné lieu à plusieurs résolutions du Parlement européen concernant la protection des individus en situation minoritaire[3916] et plus récemment, à une proposition d'initiative citoyenne sur la prise en compte des groupes régionaux[3917]. Dans le cadre international, la diversité culturelle fait écho à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005 qui consacre la diversité culturelle, non « *par le biais de l'affirmation de droits culturels correspondants pour les individus, mais par des normes directement vouées à cet objectif* »[3918].

[3911] Art. 1er, décr. nº 2012-582 du 25 avril 2012 *relatif à la Commission images de la diversité* ; art. 422-1 c. du cinéma et de l'image animée.
[3912] Art. 3, *ibid*.
[3913] Art. L. 42, III, d), c. des postes et des communications électroniques.
[3914] La référence à la diversité culturelle figure également à l'al. 3, préambule, Charte et à l'art. 3, 3., al. 4 TUE. Elle est aussi évoquée aux art. 165, 1., 167.1 et 4. Et 207, 4., a) TFUE.
[3915] G. BRAIBANT, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001, p. 159.
[3916] Sur le fondement de cet article, v. par ex. § 3 et 5 résol. du PE nº P8_TA (2018) 0032 du 7 février 2018 *sur la protection et la non-discrimination des minorités dans les États membres de l'Union européenne* ; § C résol. du PE nº P7_TA (2013) 0350 du 11 septembre 2013 *sur les langues européennes menacées de disparition et la diversité linguistique au sein de l'Union européenne*.
[3917] La proposition veillait à ce que les caractéristiques spécifiques des régions à minorité nationale soient maintenues au travers d'un accès à la politique de cohésion de l'Union. La Commission avait refusé de l'enregistrer, ce qu'a confirmé le juge pour incompétence de l'UE. V. déc. nº (UE) 2017/652 de la Commission du 29 mars 2017 *relative à la proposition d'initiative citoyenne intitulée « Minority SafePack — One million signatures for diversity in Europe »* ; Tribunal de l'UE, ch., 3 février 2017, nº T-646/13, *Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack* ; CJUE, ch., 7 mars 2019, nº C-420/16 P, *Balázs-Árpád Izsák*.
[3918] A. KOLLIOPOULOS, « La convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », *AFDI*, nº 51, 2005, p. 490. V. not. les art. 6, 7 et 8, Conv. sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005 et S. REGOURD, « Le paradigme européen de la diversité culturelle à l'aune de la Convention UNESCO », *Revue des affaires européennes*, nº 4, 2006, p. 607-13.

763. Une reconnaissance descriptive – Malgré leurs ambiguïtés, les normes de représentation de la diversité semblent avoir une portée très limitée pour la reconnaissance de composantes infraétatiques. Leur articulation avec les principes du pluralisme est très faiblement théorisée, voire quasi inexistante[3919]. Le paradigme de la diversité a davantage imprégné des normes procédurales et inclusives de gestion des ressources humaines, que des changements sociaux multiculturels. Par suite, ces normes n'ont pas pour objet d'introduire « *un modèle d'intégration sociale fondé sur la reconnaissance identitaire et sur une exhortation de l'ouverture à l'altérité* »[3920]. Les objectifs qu'elles poursuivent sont d'ailleurs très hétérogènes en considération des autres dimensions auxquelles elles se rattachent, comme la lutte contre les discriminations et l'égalité des chances. Suivant la grille de lecture proposée par C. Inglis, ces mesures de présence ont simplement un aspect démographique descriptif, c'est-à-dire qu'elles désignent implicitement le pluralisme de fait de la société, composée d'individus de milieux sociaux, de convictions religieuses, d'origines différents[3921]. En revanche, elles n'ont pas pour effet de reconnaître des droits particuliers aux membres d'un groupe à l'instar de ce que prévoient certains instruments internationaux ou de ce que défendent les courants de pensée pluralistes[3922]. Ainsi que l'écrit le CSA, « *ce dispositif ne s'inscrivant pas dans une logique de quotas, mais dans une démarche incitative* […] *il ne saurait créer des droits au profit de toutes les composantes de la société française* »[3923]. En d'autres termes, il ne remet pas en cause les exigences constitutionnelles d'égalité entre les citoyens et de liberté de communication. Ces normes de présence ont également peu à voir avec les implications que la CEDH fait découler de la reconnaissance et du respect de la diversité dans une société démocratique ouverte à la négociation des identités et au pluralisme culturel[3924]. Plus sûrement,

---

[3919] E. LÉPINARD, P. SIMON, *From integration to antidiscrimination… to diversity? Antidiscrimination politics and policies in French workplaces*, Commission européenne, 2008, p. 29.
[3920] B. CAGNON (dir.), *La Diversité québécoise en débat*, Québec, Éd. Québec Amérique, 2013, p. 11.
[3921] C. INGLIS, « Multiculturalism : New policy Responses to Diversity », *Management of Social Transformations*, n° 4, 1996.
[3922] V. par ex. art. 3, 14 et 15 Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007 ; art. 15, Conv. -cadre pour la protection des minorités nationales, 10 novembre 1994 ; art. 8, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, 5 novembre 1992. Sur ces courants, v. *supra* § 760.
[3923] CSA, *La représentation de la diversité des origines et des cultures à la télévision et à la radio. Bilan 2005*, 2006, p. 14.
[3924] CEDH, gr. ch., 17 février 2004, n° 44158/98, *Gorzelik*, § 92. V. déjà CEDH, gr. ch., 18 janvier 2001, n° 27238/95, *Chapman*. V. ensuite CEDH, gr. ch., 6 juillet 2005, n° 43577/98, *Natchova*, spéc. § 145 ; CEDH, sect., 20 octobre 2005, n° 74989/01, *Ouranio Toxo*, spéc. § 35 ; CEDH, sect., 13 décembre 2005, n° 15250/02, *Bekos*, spéc. § 63 ; CEDH, sect., 3 mai 2007, n° 1543/06, *Baczkowski*, spéc. § 62 ; CEDH, gr. ch., 13 novembre 2007, n° 57325/00, *D. H.*, spéc. § 176 ; CEDH, sect., 5 juin 2008, n° 32526/05, *Sampanis*, spéc. 69 ; CEDH, sect., 8 décembre 2009, n° 49151/07, *Muñoz Díaz*, spéc. § 60 ; CEDH, gr. ch., 22 décembre 2009, n° 27996/06, *Sejdic et Finci*, spéc. § 43 ; CEDH, gr. ch., 16 mars 2010, n° 15766/03, *Oršuš*, § 148 ; CEDH, sect., 15 janvier 2013, n° 48420/10, *Eweida*, spéc. § 94 ; CEDH, gr. ch., 26 avril 2016, n° 62649/10, *İzzettin Doğan*, spéc. § 109 ; CEDH,

cette monstration symbolique, dans sa double articulation à un objectif de prévention des discriminations d'une part, et à une démarche implicite de reconnaissance du caractère multiculturel de la société française d'autre part, dévoile et amplifie les contradictions propres au droit, en tension entre une volonté politique de lutter contre les discriminations et une impossibilité juridique d'en appréhender la dimension ethno-raciale[3925]. Si la reconnaissance des groupes infraétatiques a débouché sur une particularisation des droits, ce n'est pas dans l'emploi ou dans l'audiovisuel, mais certainement dans les DROM-COM, là où existe « *un multiculturalisme aux confins de la République* »[3926].

sect., 14 janvier 2019, n° 12541/06, *Altinkaynak*, spéc. § 30 ; CEDH, sect., 14 janvier 2021, n° 21052/18, *Terna*, spéc. § 91. Sur cet aspect dans la jurisprudence de la Cour et au sein du Conseil de l'Europe, v. not. J. RINGELHEIM., « Le multiculturalisme aux miroirs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 2, 2007, p. 173-205 ; V. GUIRAUDON, « La diversité en Europe : une évidence ? », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 67-85.

[3925] Ce paradoxe a souvent été souligné par les travaux sociologiques. V. not. P. SIMON, J. STAVO-DEBAUGE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 57-84, spéc. p. 59-60 ; M. DOYTCHEVA, « "Des entreprises aux couleurs de la France ?". Émergence et usages français des politiques de la diversité au travail » *in* J. COHEN (dir.), *L'Atlantique multiracial. Discours, politiques, dénis*, Paris, Karthala, 2012, p. 209.

[3926] D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p. 158. V. par ex. à ce sujet R. MEDARD, *La République face aux droits des minorités : lire l'ordre juridique français à partir de la théorie de Will Kymlicka*, Paris, L'Harmattan, 2015 ; S. SZUREK, « La République française et le droit des minorités-Le point de vue de l'internationaliste », *RGDIP*, n° 3, 2014, p. 595-614 ; S. LAVOREL, *Des manifestations du pluralisme juridique en France : l'émergence d'un droit français des minorités*, Grenoble, Thèse de doctorat en droit, Université de Grenoble, 2007 ; A. FENET, G. KOUBI, I. SCHULTE-TENCKHOFF, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2000 ; N. ROULAND, S. PIERRE-CAPS, J. POUMAREDE, *Droits des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

764. La gestion inclusive du risque discriminatoire trouve ses principales concrétisations dans des normes portant sur la diversité fondées sur l'aménagement raisonnable et la déconstruction des stéréotypes et des préjugés. Le premier volet repose sur le principe d'un ajustement volontaire de la norme de travail aux situations concrètes inspiré des accommodements raisonnables que connaissent les États-Unis et le Canada. Il s'agit de faire évoluer l'organisation afin d'offrir, autant que possible, des conditions d'emploi compatibles avec les singularités individuelles. Au fond, l'idée est qu'il faut parfois traiter de façon différenciée les individus pour éviter que l'application d'une disposition, d'un critère ou d'une norme neutre en apparence n'ait un effet défavorable sur les individus porteurs d'une caractéristique particulière qui le distingue de la majorité. Les organisations sont incitées à analyser ou à anticiper les effets de leurs pratiques depuis les conditions d'emploi jusqu'au menu des repas, sans oublier les avantages accordés aux familles, pour les ajuster de façon à ce qu'elles ne soient pas préjudiciables à certaines catégories de personnes. Dans leur immense majorité, ces aménagements sont assez convenus. Ils s'inscrivent dans le prolongement d'obligations légales sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'insertion professionnelle des travailleurs en situation de handicap et leur maintien dans l'emploi, ainsi que celui des seniors. Ils s'inspirent de la loi qu'ils complètent par des aménagements matériels (poste de travail, locaux, etc.), organisationnels (horaires, congés), financiers (indemnité journalière complémentaire accordée à la personne qui prend le congé de paternité et d'accueil de l'enfant) ou en nature (services à la personne). En revanche, d'autres motifs de discrimination tels que la nationalité, l'orientation sexuelle, l'identité de genre ou la religion semblent délaissés dans les normes traitant de la diversité. C'est le cas en particulier du fait religieux, qui pourtant concentre des enjeux forts et semble de plus en plus retenir l'attention du juge. Dans l'ensemble, le principe d'un aménagement du fonctionnement des organisations est donc assez décevant. À l'aune des précédents américains, les aménagements raisonnables sont pourtant riches de perspectives pour lutter contre les discriminations indirectes. Ce point de vue comparatiste rappelle aussi qu'il est complexe de manier cette technique. Si l'introduction d'un principe d'aménagement dans les normes relatives à la diversité peut contribuer à acclimater l'ordre juridique national à ce principe, un déploiement d'envergure ne pourrait pas se faire sans le bornage du juge. Dans un pays qui reste attaché à l'universalité de la norme, une telle évolution serait une véritable *« révolution copernicienne conduisant à*

penser les relations de façon horizontale (d'individu à individu) plutôt que pyramidale (d'État à individu) »[3927].

765. Le second volet de la gestion inclusive du risque discriminatoire repose sur la déconstruction des stéréotypes et des préjugés qui agissent comme autant de facteurs d'exclusion. À cette fin, les normes relatives à la diversité s'inscrivent nécessairement dans un *ex ante* long. Elles font de la formation et de la sensibilisation un aspect incontournable de l'action antidiscriminatoire pour apprendre aux décideurs à ne pas donner prise à ces déterminants collectifs. Néanmoins, l'appréhension des stéréotypes et des préjugés s'avère plus difficile que ce que ces modules le laissent entendre. Par ailleurs, le cadre de ces formations n'est pas satisfaisant et mériterait d'être renforcé. Parallèlement, de nombreuses normes portant sur la diversité se donnent pour objectif de représenter la diversité. Cette formule ambiguë et à bien des égards non pertinente semble en fait recouvrir deux finalités assez proches : diffuser des modèles d'identification positive et faire évoluer les représentations collectives. Instauré sous la forme d'engagements volontaires ou d'une exigence légale dont l'application est souvent négociée ensuite par convention, ce principe de présence se caractérise par une forte dimension symbolique. La promotion volontaire de quelques membres des groupes discriminés doit permettre d'aller au-devant des effets structurels d'autodénigrement et d'exclusion résultant de l'infériorisation qui affectent les personnes victimes de discrimination. En faisant évoluer les regards, ces actions silencieuses contribueraient à faire évoluer les stéréotypes et les préjugés qui donnent prise aux discriminations. Cependant, leur apparente simplicité masque nombre de paradoxes et d'ambiguïtés. Outre leur caractère faiblement opératoire, ces dispositifs oscillent entre plusieurs logiques de présence qui tendent à les éloigner de la prévention des effets préjudiciables des stéréotypes et des préjugés. Pire, la fonction symbolique assignée à ces personnes pourrait aboutir à reproduire ces déterminants que le principe de présence vise pourtant à refouler. Dans ces conditions, cette mise en visibilité artificielle serait peut-être à proscrire pour enfin « [oser] *nous imaginer et être semblables* »[3928].

[3927] T. GRÜNDLER, « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *Délibérée*, nº 2, 2017, p. 60-4.
[3928] R. SENAC, *L'égalité sans condition. Osons nous imaginer et être semblables*, Paris, Rue de l'échiquier, 2019.

CONCLUSION DU TITRE 2

766. Le paradigme de la diversité est la matrice de nombreuses normes tournées vers la prévention des discriminations. Malgré leur diversité, leur unité téléologique est profonde. Selon leurs promoteurs, elles sont le « *bras armé* »[3929] non contentieux de la lutte contre les discriminations. Fondées sur une approche intégrée du risque discriminatoire pour agir au plus près du réel, elles orientent les acteurs vers la mise en conformité de leurs pratiques avec le droit de la non-discrimination. Elles participent de l'idée que la sanction n'est peut-être pas le moyen le plus efficace pour éradiquer certaines différences de traitement illégitimes, notamment les discriminations systémiques. Plusieurs logiques d'action, non exclusives l'une de l'autre, concourent à cette fin. D'abord, les organisations internalisent le risque de discrimination dans leurs processus internes de gestion des ressources humaines. Ce faisant, elles cherchent à neutraliser pour le présent et pour le futur toutes les situations de fait ou de droit susceptibles de donner prise à des différences de traitement illégitimes. De plus en plus, les opérateurs de la diversité sont également invités à gérer de façon inclusive leur personnel pour lutter contre les causes structurelles des discriminations. En faisant évoluer un environnement qui, par défaut, peut s'avérer exclusif pour les individus qui ne partagent pas les mêmes caractéristiques que le groupe majoritaire, ils contribuent à prévenir le risque discriminatoire.

767. Au-delà de la maîtrise de ce risque, les diverses normes relatives à la diversité partagent les mêmes forces et faiblesses. L'autonomie laissée aux acteurs permet de concentrer et d'adapter l'action au cadre dans lequel émerge la discrimination. Cependant, elle favorise aussi les écueils liés au manque de suivi et à la superficialité des mesures engagées. Comme leur équivalent répressif, les normes relatives à la diversité sont assises sur les distinctions qu'elles cherchent à prévenir. En rupture avec l'universalisme abstrait, elles prennent en compte la vulnérabilité de certains individus dans le but de garantir une égalité concrète. Ce différencialisme ne s'exprime pas toujours de la même façon ni avec la même force selon qu'il s'agit de passer au peigne fin les *process* à la recherche de critères discriminatoires ou de rendre l'environnement de travail plus inclusif. Pour autant, quel que soit le degré considéré, les normes portant sur la diversité n'échappent pas aux apories de la logique différencialiste. En

[3929] P. PANNIER, « Diversité : faire changer les pratiques pour respecter le droit », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 14.

s'appuyant sur les motifs de discrimination, elles peuvent paradoxalement réifier les différences et renforcer les logiques de ségrégation qu'il s'agit de combattre.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

768. Contrairement à ce qu'aurait pu laisser imaginer une lecture stricte des fondements du droit national, la prise en compte des différences de fait n'est pas ignorée par le droit. Dans ce contexte, la référence à un droit différencialiste a une valeur heuristique certaine pour appréhender le paradigme de la diversité en droit. Elle permet de rendre compte des inflexions dans la dogmatique juridique de l'égalité et de l'universalisme dont elle est finalement une illustration parmi d'autres. Elle invite à sortir d'une appréhension formellement égalitaire des sujets de droit, pour prendre en compte les différences factuelles qui les caractérisent. Épousant la complexité du réel, la substance différencialiste des normes traitant de la diversité suit deux axes, en fonction des problèmes qu'elles ont vocation à résoudre.

769. Pour compenser les inégalités socioéconomiques, les normes portant sur la diversité s'attachent à assurer une égalité des chances entre les individus et les territoires de façon à ce que toutes les personnes aient les mêmes chances d'accéder aux meilleures positions sociales. Un avantage est accordé à des catégories d'individus sur le fondement d'une situation de fait. Par la loi, le règlement ou le contrat, les opérateurs de la diversité entendent ainsi démocratiser les filières d'excellence de l'enseignement supérieur et l'emploi qui peinent à s'ouvrir à la diversité sociodémographique du corps social, en misant le plus souvent sur le volontarisme des responsables.

770. Pour prévenir les discriminations, les normes relatives à la diversité s'attèlent à anticiper le risque discriminatoire en veillant à ce qu'aucun individu ne subisse un préjudice en considération d'une caractéristique qui le distingue de la majorité des autres personnes. Par la négociation collective et le droit souple principalement, les opérateurs de la diversité comptent ainsi désamorcer les différences de traitement illégitimes qui empêchent certaines parties de la population d'accéder aux biens ou services proposés par la société et d'y évoluer, en particulier l'emploi.

771. Parfois décrit de manière pessimiste, loin des caricatures américaines dont il est quelquefois affublé, le différencialisme qui caractérise les normes relatives à la diversité ne contrevient donc pas dans son principe aux fondements universels et égalitaires du droit, vers lequel il cherche à tendre concrètement. Pour autant, les paradoxes et les ambiguïtés dont il est grevé invitent à le manier avec prudence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

772. Cette recherche a été ouverte par un constat : en tant qu'objet de discours, la diversité est le nom d'un problème, ou plutôt de problèmes. Dans le champ du droit national, ces problèmes se rapportent essentiellement aux discriminations et aux inégalités socioéconomiques qui obèrent l'égalité des chances. Le système juridique s'en fait singulièrement l'écho, puisqu'il fait de la diversité un objet du droit. Pourtant, ce constat a très vite débouché sur un paradoxe puisque la diversité est aussi un objet non juridique. Sans être juridique, la diversité est ainsi consacrée juridiquement[3930]. Arrivé à cette conclusion, ce travail aurait presque pu s'arrêter là. Pour autant, il semblait important de considérer la manière dont la diversité comme objet du droit pénètre l'ordre juridique et le transforme. Telle était la démarche de cette étude qui proposait de faciliter la compréhension des normes traitant de la diversité à travers leur mise en ordre dans le système juridique.

773. Pour ce faire, le paradigme inspiré de la théorie de T. Kuhn a été retenu pour proposer une contribution à l'étude de la diversité en droit[3931]. Cette qualification devait servir de clé de lecture pour comprendre et ordonner les normes traitant de la diversité en droit, à l'instar des travaux de science politique qui ont analysé les politiques publiques en s'appuyant sur l'essai de T. Kuhn. La conviction de cette thèse était que le paradigme de la diversité ne permettait pas seulement de légitimer la vision idyllique d'une société diversifiée, fondée sur une redistribution équitable, digne et utile des positions sociales. Il s'agissait d'éprouver l'idée qu'en tant que réponse aux problèmes des discriminations et des inégalités socioéconomiques, le paradigme de la diversité conditionnait les hypothèses d'action, les méthodes et les techniques juridiques employées pour combattre ces phénomènes. À cet égard, il est apparu que l'appareillage juridique du paradigme de la diversité se caractérisait par son ancrage dans le réel.

774. Dans un premier temps, le concept de régulation s'est révélé intéressant pour rendre compte des aspects formels que prenait cet appareillage pour agir sur les lieux où se produisent les discriminations et où les effets des inégalités socioéconomiques sont les plus prégnants. À partir de là, les déterminants, puis les implications d'un droit de la régulation relatif à la diversité ont été soulignés. Ce droit apparaît d'abord comme un droit éclectique, tant par les domaines

[3930] B. GAURIAU, « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *DS*, n° 11, 2008, p. 1060-4, § 1.
[3931] T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008, not. p. 11 et p. 50.

concernés – notamment l'emploi, l'enseignement supérieur, l'audiovisuel – que par les disciplines juridiques considérées – droit de la fonction publique, droit du travail, droit commercial, droit de l'éducation, droit de l'audiovisuel, etc. Cette hétérogénéité caractérise également la typologie des normes déployées au regard des règlements et directives européens, des lois, des règlements, des conventions et accords professionnels, des codes de conduite, des chartes, des labels, des recommandations ou encore des lignes directrices. Ce droit apparaît également comme un droit composite, fait de normes d'origines diverses, adoptées notamment par l'État, l'Union européenne, des AAI/API, des administrations, des entreprises, des associations et groupements professionnels, des OI, etc. Polycentrique, ce droit ne semble pas « *plus la manifestation abstraite et générale d'une volonté souveraine et transcendante qui ne s'exprime que du haut de l'Olympe* »[3932] selon la formule de G. Timsit, que « *le produit automatique de mécanismes anonymes* »[3933]. Cette équation se traduit par une juxtaposition des régulations portant sur la diversité où l'hybridation normative est le produit d'un rapport de forces endogène et exogène à la construction de la norme. En ce sens, ce droit est consubstantiel de l'idée de brouillage des frontières. D'un point de vue fonctionnel, son effectivité invite à considérer les interactions autant que les fins. Sous ce rapport, les différents degrés normatifs ne s'apprécient pas tant selon la considération positiviste des sources du droit, que par leurs buts. Pragmatique, ce droit est orienté vers l'achèvement d'objectifs, la lutte contre les discriminations et l'égalité des chances. Cette dimension téléologique, bien qu'elle soit parfois plus ou moins bien définie et départagée, donne à ce droit une rationalité instrumentale qui diffère de l'acception traditionnelle de la norme unilatérale, obligatoire et sanctionnée. Le gouvernement des conduites repose d'abord sur l'orientation vers des attitudes qu'il est dans l'intérêt des destinataires de la norme d'adopter que sur l'imposition de comportements obligatoires. Plutôt que d'imposer aux sujets de se conformer au modèle que la norme relative à la diversité dessine, notamment au moyen d'une sanction, ses auteurs s'efforcent d'ajuster son respect aux ressorts qui sont supposés guider l'action spontanée de ses destinataires. L'autodiscipline et le volontarisme par l'incitation en sont les principes d'action. Ainsi, ce droit est caractérisé par son adaptation au concret, au contexte qu'il entend régir. Ce réalisme implique un processus de suivi et d'adaptation permanent des normes afin de procéder aux ajustements nécessaires : c'est un droit réflexif et récursif. Il se manifeste aussi par l'association des destinataires de la norme portant sur la diversité à son élaboration. Celle-ci est négociée et

[3932] G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, nº 109, 2004, p. 8.
[3933] *Ibid.*

flexible, car la logique de la régulation repose sur la confrontation et l'arbitrage d'intérêts divers qu'il faut harmoniser. Cet ancrage dans le réel apparaît comme la force et la faiblesse du droit de la régulation relatif à la diversité. À cet égard, il se présente comme un droit ambigu. La norme traitant de la diversité s'inscrit dans des espaces juridiques différents dont la cohérence et l'articulation ne sont pas assurées, en dépit des potentialités qu'elles véhiculent pour compléter le droit de la lutte contre les discriminations ou participer au renouvellement des cadres de pensées du droit. Étayées par des hypothèses très pragmatiques qui parlent aux acteurs, ces normes s'inscrivent aussi et par conséquent dans des ordres de préoccupations disparates, dont la coexistence ne relève pas de l'évidence. À rebours de leur attache antidiscriminatoire, elles peuvent apparaître comme un droit paradoxal, dévoyant possiblement l'égalité par leur caractère utilitariste, générique, essentialiste et symbolique.

775. Dans un second temps, le concept de différenciation est apparu pertinent pour rendre compte de la substance de l'appareillage juridique du paradigme de la diversité. Parce que les normes traitant de la diversité sont destinées à lutter contre les discriminations et à favoriser l'égalité des chances, elles s'appuient sur un principe de différenciation prenant en compte les caractéristiques personnelles des individus qui donnent prise à ces iniquités. Sous cet angle, ce droit différencialiste relatif à la diversité apparaît d'abord comme un droit redistributif. L'inscription dans la norme d'un avantage particulier au bénéfice des catégories d'individus qui peinent à accéder à l'emploi ou à l'enseignement supérieur d'excellence permet de compenser les inégalités produites par le marché et favoriser l'égalité des chances. Libéral du point de vue des principes de l'ordre juridique, ce droit n'en est pas moins conservateur sur le plan sociétal en ce qu'il n'ambitionne pas d'éradiquer les disparités socioéconomiques, seulement de les contrebalancer. Ces dimensions sont inséparables de celle d'un droit contextualisé, centré sur la situation des individus ou des territoires à accompagner. De plus en plus, il apparaît même comme un droit personnalisé, tant l'aspiration à épouser le réel est forte. La volonté d'agir sur le réel est également au centre de l'internalisation de la norme relative à la diversité. Le droit est intégré directement dans le fonctionnement des organisations. Il se fond et se confond avec les outils de gestion des ressources humaines. Dans cette configuration, le droit est préventif, tourné vers l'anticipation et la correction des risques discriminatoires. L'internalisation est le corollaire de la prévention, puisque le risque attaché aux différents critères de discrimination est intégré dans toutes les politiques et à tous les niveaux de prise de décisions dans les organisations. Droit procédural, il intègre les routines organisationnelles des acteurs, en particulier par la voie statistique et la refonte des *process*. Droit inclusif, il invite à

faire évoluer le cadre dans lequel émerge le risque discriminatoire pour rendre l'environnement de travail plus accueillant pour les individus qui ont une caractéristique qui les distingue de la majorité. À cet égard, il bouleverse les conceptions traditionnelles de l'égalité et de l'universalisme, au point de donner parfois l'impression d'avoir à faire à un droit schizophrène tant le paradoxe et l'ambiguïté sont souvent prégnants.

776. En définitive, la thèse du paradigme apparaît comme une entrée heuristique pour appréhender cet objet du droit qu'est la diversité. Elle permet de proposer une systématisation de ses traductions juridiques et de mettre en exergue les évolutions du droit et de ses acteurs. Elle donne à voir la diversité autrement que comme une simple expression familière empruntée au débat public. Alors que le mot est assez marquant pour retenir l'attention, l'intérêt qu'il suscite chez les chercheurs s'exprime souvent de manière péjorative. Dans ce cas, « *faut-il garder le mot "diversité"* ? »[3934] se demandait M. Wieviorka en 2008. Pour de nombreux juristes, assurément pas et cela se comprend au regard notamment des faibles garanties auxquelles il est associé en droit. Cependant, ce n'est pas la doctrine qui fait que ce paradigme a du succès et s'impose de manière incontournable dans le débat public. Ce « *sont ses usagers populaires, ceux pour qui il correspond à un besoin encore non satisfait, ceux pour qui il vient pallier un manque, à commencer par les acteurs sociaux, et les médias qui font alors office de caisse de résonnance* »[3935], avant que les pouvoirs publics ne s'en fassent eux-mêmes l'écho. De ce point de vue, malgré ses imprécisions et ses limites, le paradigme de la diversité est porteur de nombreuses implications en droit. Dans ce cadre, le travail du chercheur a pour intérêt moins de l'ignorer que d'expliciter les aspects qu'il prend et les problèmes qu'il sous-tend dans le cadre du débat toujours renouvelé sur la réalisation de l'égalité. Ce point permet de conclure sur quelques perspectives ouvertes par cette étude. L'appareillage juridique du paradigme de la diversité illustre les symptômes d'un droit et d'un État postmodernes[3936]. Si quelques pistes pour renforcer l'effectivité et l'efficacité des normes relatives à la diversité ont été identifiées dans ce travail, leurs limites demeurent un des grands enjeux de ce droit. Il serait sans doute instructif de comparer les normes développées aux États-Unis il y a déjà plusieurs décennies à ce qui se fait aujourd'hui en France. Des solutions pour mettre en œuvre plus efficacement un objectif de diversité et mieux l'articuler au droit de la non-discrimination ont

---

[3934] M. WIEVIORKA, *Rapport à la Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche sur La Diversité*, Paris, Robert Laffont, 2008, p. 68.
[3935] *Ibid*., p. 76.
[3936] V. not. J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n° 3, 1998, p. 659-90 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4e éd., 2017.

récemment été proposées en droit du travail[3937]. Ce type de démarche prospective pourrait être prolongé dans le droit public, notamment dans le droit de la fonction publique et le droit de l'éducation. Par ailleurs, le paysage impressionniste tracé dans cette thèse pourrait être complété par des recherches monographiques dressant un tableau pointilliste de ce qui se fait dans des espaces juridiques intraorganisationnels ou supraétatiques encore inexplorés.

[3937] M. PEYRONNET, *La diversité : étude en droit du travail*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Cette bibliographie ne mentionne que les principales références citées dans le corps de la thèse

§ 1 – OUVRAGES 672
A – Ouvrages généraux, fasicules encyclopédiques 672
1 – Droit 672
2 – Autres disciplines 673
B – Ouvrages spéciaux 675
1 – Droit 675
2 – Autres disciplines 676
C – Thèses 680
1 – Droit 680
2 – Autres disciplines 682
§ 2 – ARTICLES 683
A – Articles de doctrine, contributions d'ouvrages et de colloques 683
1 – Droit 683
2 – Autres disciplines 712
B – Articles de presse, discours 737
§ 3 – CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE 742
A – Conclusions 742
B – Notes, observations et chroniques 742
§ 4 – RAPPORTS, ETUDES, RECOMMANDATIONS, BONNES PRATIQUES 752
A – Autorités publiques 752
B – Acteurs privés 766

§ 1 – OUVRAGES

A – Ouvrages généraux, fascicules encyclopédiques

1 – Droit

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2018.

ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J. – P., RIALS S., SUDRE F., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.

AUBIN E. :
- *Fonction publique : contentieux du recrutement*, Dalloz, Répertoire de contentieux administratif, 2014.
- *Droit de la fonction publique*, Paris, Gualino-Lextenso, 6e éd., 2015.

AUBY J. –M., AUBY J. –B., JEAN-PIERRE D., TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, Paris, D., 7e éd., 2012.

BRAIBANT G., *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001.

CALVES G., *La discrimination positive*, Paris, PUF, 4e éd., 2016.

CARCASSONNE G., GUILLAUME M., *La Constitution*, Paris, Éditions du Seuil, 14e éd., 2017.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2016.

CHEVALLIER J., *Sciences administratives*, Paris, PUF, 3e éd. 2002.

CONSTANTIN A., *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 6e éd., 2014.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2014.

DESGENS-PASANAU G., *La protection des données personnelles : le RGPD et la nouvelle loi française*, Paris, LexisNexis, 3e éd., 2018.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J. –L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 8e éd., 2008.

GENY F., *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1927.

GUGLIELMI G., KOUBI G., DUMONT G., *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2007.

HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4e éd., 2020.

JEZE G., *Les principes généraux du droit administratif. La notion du service public. Les individus au service public. Le statut des agents publics*, Paris, Dalloz, 2003.

LAZERGES C., *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016.

LECAT D., *Encyclopédie des collectivités territoriales*, Dalloz, 2014.

MAGNIER V., *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 7e éd., 2015.

MELLERAY F., *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, 4e éd., 2017.

PORCHY-SIMON S., *Droit des obligations*, Dalloz, 13e éd., 2021.

SALMON J., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

TAILLEFAIT A., *Recrutement et cessation des fonctions*, JurisClasseur Fonctions publiques, Fasc. 240, 2011.

TERRE F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 10e éd., 2015.

THARAUD D., BOYER-CAPELLE C. (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021.

TREBULLE F. –G., *Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale*, Répertoire des sociétés Dalloz, 2003.

ZOLLER E., *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000.

2 – Autres disciplines

ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Éd. Julliard, 9e éd., 1994.

ARNAUD A. -J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

BAGGIO S., *Psychologie sociale*, Bruxelles, De Boeck, 2011.

BOUSSAGUET L., JACQUOT S., RAVINET P., *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 5e éd., 2019.

CAPRON M., *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris, La Découverte, 2016.

CHARLE C., *Histoire sociale de la France au XIXe siècle*, Paris, Éd. Points, 2015.

COMBEMALE M., IGALENS J., *L'audit social*, Paris, PUF, 2012.

CONSTANT F., *La citoyenneté*, Paris, Montchrestien, 1998.

DE LA CURNE DE SAINTE-PALAYE J. B., *Dictionnaire historique de l'ancien langage françois ou Glossaire de la langue françoise depuis son origine jusqu'au siècle de Louis XIV*, Niort, L. Favre, 1878.

DOYTCHEVA M., *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2e éd., 2011.

ELSTER J., *Psychologie politique*, Paris, Éd. de Minuit, 1990.

FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France*, 1978-1979, Paris, Gallimard/Seuil,, 2004.

GODEFROY F. :

- *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IXe au XVe siècle*, Paris, F. Vieweg, t. 2, 1883.
- *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IXe au XVe siècle*, Paris, E. Bouillon et F. Vieweg, t. 5, 1888.

GOND J. – P., IGALENS J., *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, PUF, 2018.

HERMET G., BADIE B., BIRNBAUM P. et BRAUD P., *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Armand Colin, 5e éd., 2001.

HOLEINDRE J. –V., RICHARD B. (dir.), *La démocratie. Histoire, théories, pratiques*, Paris, Éd. Sciences humaines, 2010.

KUHN T., *La Révolution* copernicienne, Paris, Fayard, 1973.

KYMLICKA W., *Les théories de la justice : une introduction*, Paris, La Découverte, 1999.

LABORIER P., TROM D. (dir.) *Historicité de l'action publique*, Paris, PUF, 2003.

MERTON R. K., *Éléments de théorie et de méthode sociologique*, Paris, Armand Colin, 1997.

REY A. (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, 3e éd., 2000.

ROBERT P., REY-DEBOVE J., REY A. (dir.), *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2010.

ROUBAN L. :

- *La fonction publique*, Paris, La Découverte, 3e éd., 2009.
- *La fonction publique en débat*, Paris, La Documentation française, 2014.

WHITLEY B., KITE M., *Psychologie des préjugés et de la discrimination*, Bruxelles, De Boeck, 2013.

B – Ouvrages spéciaux

1 – Droit

BADINTER R. (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989.

BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998.

BOURGUE P., MONTAGNE C. (dir.), *La circulation des modèles normatifs*, Fontaine, PUG, 2017.

BRIBOSIA E., RORIVE I. (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse : regards croisés, Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, P. I. E. Peter Lang, 2015.

CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007.

CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4e éd., 2017.

DE SCHUTTER O., *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2001.

DELMAS-MARTY M. :
- *Le flou du droit : du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986.
- *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998.
- *Les Forces imaginantes du droit. Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, t.1, 2004.

ESPAGNO-ABADIE D., PENERANDA A., *Fonction(s) publique(s) : le défi du changement*, Rennes, Presses de l'École des Hautes Études en Santé Publique, 2018.

ESPLUGAS-LABATUT P., DUBREUIL C. -A., MORAND M., *Le droit public du travail*, Le Mans, Éd. L'Épitoge, 2016.

FAGES M. –L., BIOY X. (dir.), *Égalité-Parité, nouvelle dynamique pour la démocratie ?*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1, 2013.

FRISON-ROCHE M. –A. (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Paris, Dalloz, 2019.

GRAU E. R., *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et les principes juridiques*, Paris, Éd. Kimé, 2014.

JEZEQUEL M., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 2007.

LASSERRE V., *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015.

LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010.

MEDARD R., *La République face aux droits des minorités : lire l'ordre juridique français à partir de la théorie de Will Kymlicka*, Paris, L'Harmattan, 2015.

MERCAT-BRUNS M., *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013.

MINE M., *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016.

OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications FSL, 2002.

ROULAND N., PIERRE-CAPS S., POUMAREDE J., *Droits des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996.

SLAMA S. (dir.), *La discrimination selon l'origine*, Paris, La Documentation française, 2009.

TSUJIMURA M., LOCHAK D. (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

2 – Autres disciplines

ALLOUCH A., *La Société du concours. L'empire des classements scolaires*, Paris, Seuil, 2017.

APRILE S., DUFOIX S., *Les mots de l'immigration*, Paris, Berlin, 2009.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Éditions les Échos du Maquis, 2014.

BANON P., *Réinventions les diversités : pour un management éthique des différences*, Paris, First Éd., 2013.

BARRERE-MAURISSON M. –A., BATTAGLIOLA F., BECCALLI B., *Le sexe du travail : structures familiales et système productif*, Grenoble, PUG, 1984.

BARTH I., *Manager la diversité : de la lutte contre les discriminations au leadership inclusif*, Malakoff, Dunod, 2018.

BATAILLE P., *Le racisme au travail*, La Découverte, 1997.

BEAUCHEMIN C., HAMEL C., SIMON P., *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, Paris, Ined éd., 2015.

BECK U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2004.

BECKER G. S., *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1957.

BENNINGHOFF M. (dir.), *Inégalités sociales et enseignement supérieur*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2012.

BERSTEIN S., RUDELLE O., *Le modèle républicain*, Paris, PUF, 1992.

BESSONE M., *Sans distinction de race ? Une analyse critique du concept de race et de ses effets*, Paris, Vrin, 2013.

BOLTANSKI L., CHIAPELLO E., *Le Nouvel Esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999.

BOURDIEU P. :

- PASSERON J. –C., *Les héritiers : les étudiants et la culture*, Paris, Les éd. de minuit, 1964.
- *La Noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Les éd. de minuit, 1989.
- *La Reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris, Minuit, 1970.

CAGNON B. (dir.), *La Diversité québécoise en débat*, Québec, Éd. Québec Amérique, 2013.

CAMUS A., *Sur une philosophie de l'expression. Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, t. 1, 2006.

CAPRON M., QUAIREL F., *Mythes et réalités de l'entreprise responsable : acteurs, enjeux, stratégies*, Paris, La Découverte, 2004.

CHEVALLIER J., GAUTIER C., HAROCHE C. (dir.), *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996.

COHEN J., SPENSKY M., *Citoyenneté et diversité*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2009.

DARDELET C., SIBIEUDE T., HERVIEU-WANE F., *Une grande école : pourquoi pas moi ? Le droit au mérite*, Paris, Armand Colin, 2011.

DE BEAUVOIR S., *Le Deuxième sexe I – Les faits et les mythes*, Paris, Gallimard, réed., 2001.

DELHAY C., *Promotion ZEP : Des quartiers à Sciences Po*, Paris, Hachette Littérature, 2006.

DESCOINGS R., *Sciences Po : de la Courneuve à Shanghai*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2007.

DOBBIN F., *Inventing Equal Opportunity*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

DOYTCHEVA M. :

- *Une discrimination positive à la française ? Ethnicité et territoire dans les politiques de la ville*, Paris, La Découverte, 2007.
- *Politiques de la diversité : sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015.

DUBET F., *Les places et les chances. Repenser la justice sociale*, Paris, Seuil, 2010.

DURU-BELLAT M., *Les Inégalités sociales à l'école*, Paris, PUF, 2002.

EDELMAN L. –B., *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, Chicago, The University of Chicago Press, 2016.

ELIAS N., SCOTSON J.-L., *Logiques de l'exclusion*, Paris, Fayard, 1997.

ELSTER J., *Le Laboureur et ses enfants. Deux essais sur les limites de la rationalité*, Paris, Éd. de Minuit, 1986.

EYMERI J. –M., *La fabrique des énarques*, Paris, Economica, 2001.

FORTINO S., *La mixité au travail*, Paris, La Dispute, 2002.

FRASER N., *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2011.

GAILLARD J. –M., *L'ÉNA, miroir de l'État. De 1945 à nos jours*, Paris, Éd. Complexe, 1995.

GASPARD F., SERVAN-SCHREIBER C., LE GALL A., *Au pouvoir, citoyennes ! Liberté, égalité, parité*, Paris, Seuil, 1992.

GEISSER V., SOUM Y., *Discriminer pour mieux régner. Enquête sur la diversité des partis politiques*, Paris, Broché, 2008.

JACQUOT S., *L'égalité au nom du marché ? Émergence et démantèlement de la politique européenne d'égalité entre les hommes et les femmes*, Bruxelles, PIE Peter Lang, 2014.

JONNET F., *Officiers : oser la diversité. Pour une recomposition sociale des armées françaises*, Paris, L'Harmattan, 2013.

KAGINA R. A., KRYGIER M., WINSTON K.I. (dir.), *Legality and Community*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2002.

KALINI C., *La diversité en France : un nouvel enjeu de société*, Paris, L'Harmattan, 2017.

KINGSLEY J. D., *Representative Bureaucracy*, Yellow Springs, Antioch Press, 1944.

KRISLOV S., *The Negro in Federal employment. The quest for equal opportunity*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1967.

KUHN T., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008.

KYMLICKA W., *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001.

LACORNE D., *La crise de l'identité américaine : du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Gallimard, 2003.

LE TEXIER E., LACORNE D., ESTEVES O. (dir.), *Les politiques de la diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

LEBRATY J., GUERET-TALON L., *La Diff&rAnce est une Force : Essai sur le Management Stratégique de la Diversité*, Paris, Éd. Eska, 2012.

LEGAL J. –B., DELOUVEE S., *Stéréotypes, préjugés et discrimination*, Malakoff, Dunod, 2016.

LEVI-STRAUSS C., *Anthropologie structurale II*, Paris, Plon, 1973.

MACINTYRE A. C., *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, Paris, PUF, 1993.

MANIN B., *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995.

MASCLET O., *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Paris, Armand Colin, 2012.

MICHAELS W. B., *La diversité contre l'égalité*, Paris, Raisons d'agir, 2009.

MORIN E., CYRULNIK B., *Dialogue sur la nature humaine*, Paris, Éd. de l'Aube, 2011.

MOSHER F., *Democracy and the Public Service*, New York, Oxford University Press, 1968.

NDIAYE P., *La condition noire*, Paris, Calmann-Lévy, 2008.

NIELSEN L.B., NELSON R.L. (dir.), *Handbook of Employment Discrimination Research : Rights and Realities*, Dordrecht, Springer.

PASQUALI P., *Passer les frontières sociales. Comment les « filières d'élite » entrouvrent leurs portes ?*, Paris, Fayard, 2014.

PHILLIPS A., *The Politics of Presence*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

PICKETT K., WILKINSON R., *Pourquoi l'égalité est meilleure pour tous*, Paris, Les petits matins, 2013.

PITKIN H., *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.

PREVERT A., *La lutte contre les discriminations : genèse et usages d'une politique publique*, Paris, L'Harmattan, 2014.

RAWLS J., *Théorie de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, 1987.

RENAULT E., *Le Mépris social. Éthique et politique de la reconnaissance*, Paris, Éditions du Passant, 2000.

RENAUT A. :

- *Libéralisme politique et pluralisme culturel*, Nantes, Pleins feux, 1999.
- MESURE S., *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Flammarion, 2001.
- *Égalité et discriminations. Un essai de philosophie politique appliquée*, Paris, Seuil, 2007.
- *Un humanisme de la diversité, Essai sur la délocalisation des identités*, Paris, Flammarion, 2009.

RIGONI I. (dir.), *Qui a peur de la télévision en couleurs ? La diversité culturelle dans les médias*, Montreuil, Aux lieux d'être, 2007.

ROSANVALLON P., *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998.

ROUSSEAU J. –J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2001.

SABEG Y. :

- *La Discrimination positive, pourquoi la France ne peut y échapper*, Paris, Calmann Levy, 2004.
- MEHAIGNERIE L., *Les oubliés de l'égalité des chances*, Paris, Hachette Littérature, 2006.

SAINT-MARTIN A., *La sociologie de R. K. Merton*, Paris, La Découverte, 2013.

SANDEL M., *Le libéralisme et les limites de la justice*, Paris, Éd. du Seuil, 1999.

SCOTT J. W., *La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998.

SEN A., *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010.

SENAC R. :

- *L'invention de la diversité*, Paris, PUF, 2012.
- *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015.
- *Les non-frères au pays de l'égalité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2017.
- *L'égalité sans condition. Osons nous imaginer et être semblables*, Paris, Rue de l'échiquier, 2019.

TAYLOR C., *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Aubier, 1994.

TRIBALAT M., *Faire France. Une grande enquête sur les immigrés et leurs enfants*, Paris, La Découverte, 1995.

WALZER M., *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Éd. du Seuil, 1997.

WEIL P., *La République et sa diversité : Immigration, intégration, discriminations*, Paris, Seuil, 2005.

WILLIAMS M. S., *Voice, Trust, and Memory : Marginalized Groups and the Failings of Liberal Representation*, Princeton, Princeton University Press, 1998.

C – Thèses

1 – Droit

AILINCAI M., *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe. Contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Pedone, 2012.

BENICHOU S., *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011.

BENISTY S., *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2014.

BIDAULT M., *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

BOMPARD T., *Le droit à l'éducation. L'émergence d'un discours dans le contexte des laïcités françaises*, Grenoble, Thèse de doctorat en droit, Université Grenoble Alpes, 2017.

BUI-XUAN O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004.

CAFARELLI F., *Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoires en droit public français*, Montpellier, Thèse de doctorat en droit, Université Montpellier 1, 2007.

CHARRUAU J., *La notion de non-discrimination en droit public français*, Angers, Thèse de doctorat en droit, Université d'Angers, 2017.

COMBE M., *Instruments économiques et protection de la biodiversité : analyse juridique des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux*, Lyon, Thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin, 2020.

DE TONNAC A., *L'action positive face au principe de l'égalité de traitement en droit de l'Union européenne*, Paris, Thèse de doctorat, Université Paris 1, 2019.

DIDIER P., *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000.

GERRY-VERNIERES S., *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012.

JOLY L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Paris, Dalloz, 2015.

LAROUER M., *Les codes de conduite, sources du droit*, Saint-Étienne, Thèse de doctorat en droit, Université Jean-Monnet, 2016.

LAVERGNE B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

LAVOREL S., *Des manifestations du pluralisme juridique en France : l'émergence d'un droit français des minorités*, Grenoble, Thèse de doctorat en droit, Université de Grenoble, 2007.

MANIGOT V., *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise : réflexions sur un risque*, Paris, LexisNexis, 2012.

MEDARD INGHILTERRA R., *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Nanterre, 2020.

MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997.

PEYRONNET M., *La diversité : étude en droit du travail*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018.

RICHIERI HANANIA L., *Diversité culturelle et droit international du commerce*, Paris, La documentation française, 2009.

SAISEAU J., *Les collectivités territoriales face au risque de discrimination*, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018.

SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence, PUAM, 2017.

SWEENEY M., *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Nanterre, Thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010.

THARAUD D., *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Limoges, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2006.

ZARCA A., *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

2 – Autres disciplines

ALLOUCH A., *L'ouverture sociale comme configuration : pratiques et processus de sélection et de socialisation des milieux populaires dans les établissements d'élite : une comparaison France-Angleterre*, Paris, Thèse de doctorat en sociologie, IEP de Paris, 2013.

ARNAUD-CHAPPE V., *L'égalité en procès : sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Cachan, Thèse de doctorat en sociologie, ENS Cachan, 2013.

CERRATO DEBENEDETTI M. – C., *Action publique sans problème public reconnu : la lutte contre les discriminations ethno-raciales en France dans les années 2000*, Aix-Marseille, Thèse de doctorat en sciences politiques, Université d'Aix-Marseille, 2013.

EPSTEIN A. – S., *L'information environnementale communiquée par l'entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Paris, LGDJ, 2015.

JACQUOT S., *L'action publique communautaire et ses instruments. La politique d'égalité entre les femmes et les hommes à l'épreuve du gender mainstreaming*, Paris, Thèse de doctorat en sciences politiques, IEP de Paris, 2006.

PERUGIEN S., *La construction d'une culture organisationnelle en faveur de la diversité dans l'enseignement supérieur. Monographie d'une recherche-intervention menée au sein d'une business school française*, Strasbourg, Thèse de doctorat en sciences de gestion, Université de Strasbourg, 2015.

SABBAGH D., *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003.

SOUBIRON A., *L'action publique expérimentale : les dispositifs d'égalité des chances et de diversité dans les grandes écoles françaises*, Paris, Thèse de Sciences politiques, Université Paris Dauphine-PSL, 2010.

TANDE A., *Lutter contre les discriminations ethno-raciales et/ou promouvoir la diversité dans le domaine de l'emploi ? Le développement d'une action publique ambiguë en Région de Bruxelles-Capitale (1997-2012)*, Lille, Thèse de doctorat en sciences politiques et sociales, Université Lille 2, Université Libre de Bruxelles, 2013.

THERMES J., *Essor et déclin de l'affirmative action : les étudiants noirs à Harvard, Yale et Princeton*, Paris, CNRS Éd., 1999.

§ 2 – ARTICLES

A – Articles de doctrine, contributions d'ouvrages et de colloques

1 – Droit

ABADIE P., « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, n° 6, 2018, p. 302-8.

ABOUNA M. –S., BRUNO P., « Réception et représentations de la notion de diversité : perspective » *in* ICARD P., OLIVIER-LEPRINCE J. (dir.), *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 5-17.

ABRIOUX F., « La multiplication de l'offre et de la demande de labels : une densification normative quantitative » *in* THIBIERGE C. (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare et Martin, 2013, p. 77-91.

ACHIN C., « Représentation miroir vs parité. Les débats parlementaires relatifs à la parité revus à la lumière des théories politiques », *Droit et société*, n° 47, 2001, p. 248-54.

AILINCAI M. :

- (dir.), « La soft law dans le domaine des droits fondamentaux », *RTDH*, n° 105, 2016, p. 183-225.
- « Propos introductifs » *in* AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 7-27.

AMIEL O., « Diversité culturelle et droit communautaire », *RDP*, n° 1, 2008, p. 247-58.

AMILHAT M., « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public », *RFDA*, n° 1, 2018, p. 1-9.

AMSELEK P. :
- « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, p. 89-107.
- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 275-94.
- « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques » *in* THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 3-11.

ANCEL P., « L'accroissement de l'unilatéralité dans le contrat ? » *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 307-21.

ANTONMATTEI P. –H., « Liberté, égalité, diversité et relations de travail », *DS*, n° 11, 2008, p. 1031.

APELBAUM R., DE BELENET A., « Comment utiliser le critère social dans les marchés publics », *La Gazette des communes*, 17 juin 2020.

ARNAUD A. -J., « Introduction » *in* CLAM J., MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 75-84.

AST F., « La notion de diversité et son appréhension par le Défenseur des droits » *in* ICARD P. (dir.), OLIVIER-LEPRINCE J. (dir.), *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 113-31.

AUBIN E. :
- « Contrats de Pacte : des contrats d'emploi novateurs dans la fonction publique », *Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats publics*, n° 46, 2006, p. 46-9
- « La contractualisation et l'agent public », *RFDA*, n° 2, 2018, p. 249-55.

AUBY J. –B. :
- « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, n° 11, 2001, p. 912-26.
- « La diversification des recrutements dans la fonction publique », *DA*, n° 3, 2004, p. 3.

AUTIN J. -L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public » *in* MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 43-56.

AZAR-BAUD M. J., « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *DS*, n° 4, 2020, p. 353-9.

BALLER S., BIRON J., CHAMPIGNEUX A., « Les codes d'éthique, un nouveau défi pour les entreprises », *CDE*, n° 4, 2014, p. 9-22.

BAPTISTE B., « Repas de substitution et principe de laïcité : de l'intérêt d'un accommodement raisonnable », *AJDA*, n° 2, 2019, p. 117-22.

BARRAUD DE LAGERIE P., BETHOUX E., MIAS A., PENALVA ICHER É., « La mise en œuvre du devoir de vigilance : une managérialisation de la loi ? », *Droit et société*, n° 106, 2020, p. 699-714.

BARTHEZ A. –S., « Les avis et recommandation des autorités administratives indépendantes » *in* BARTHEZ A. S., CHANTEPIE G., DEUMIER P., JUBAULT C., LASSERRE- KIESOW V., MEKKI M., PERES C., THIBIERGE C., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 60-73.

BENCHIKH M., « Sous-développement et inégalité compensatrice en droit international » *in* GUGLIELMI G. J., KOUBI G. (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 185-95.

BENOIT F. –P., « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel » *in* GALABERT J. –M., TERCINET M. –R., *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, p. 23-38.

BENZONI L., DEFFAINS B., « Approche économique des outils de la compliance finalité, mesure, effectivité de la compliance subie et choisie » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 39-49.

BERNS T., « Si les entreprises ont une âme » *in* BERNS T., DOCQUIR P. –F., FRYDMAN B., HENNEBEL L., LEWKOWICZ G. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 51-78.

BERTHOU K., « Différences de traitement, esquisse des "exigences professionnelles essentielles" après la loi du 27 mai 2008 », *DS*, n° 4, 2009, p. 410-8.

BIANCO J. –L., CADENE N., WOLMARK C., « Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise ? », *RDT*, n° 4, 2017, p. 235-41.

BIOY X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction… » *in* TUSSEAU G. (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009, p. 21-53.

BLIN FRANCHOMME M. –P., QUEINNEC Y., « Reporting extrafinancier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif », *RLDA*, n° 117, 2016, p. 20-3.

BLIN-FRANCHOMME M. –P., « Code de conduite : attention à l'écart de conduite ! », *RLDA*, n° 78, 2013, p. 60-3.

BONNARD-PLANCKE L., VERKINDT P. –Y., « Égalité et diversité : quelles solutions ? », *DS*, n° 11, 2006, p. 968-80.

BORGETTO M. , « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions » *in* GUGLIELMI G. J., KOUBI G. (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 115-38.

BOSKOVIC O., « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, n° 7, 2016, p. 385-9.

BOSSET P., « Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ? », *RIEJ*, n° 1, 2009, p. 1-32.

BOSSU B. :
- « L'accommodement raisonnable : un nouvel outil d'intégration ? », *JCP S*, n° 23, 2018, p. 10-4.
- « La responsabilité de l'employeur en cas de discrimination : le regard du travailliste », *DS*, n° 4, 2020, p. 348-52.

BOUCOBZA I., GIRARD C., « Représentation ou représentativité des femmes dans les institutions politiques » *in* BUI-XUAN O. (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 95-104.

BOURDON J. :
- « Fonction publique territoriale et plan d'urgence pour l'emploi », *RGCT*, n° 36, 2005, p. 349-58.
- « De la réforme des concours d'accès à la fonction publique », *AJFP*, n° 3, 2008, p. 113.

BRIBOSIA E. :
- RINGELHEIM J., RORIVE I., « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, n° 78, 2009, p. 319-73.
- MEDARD INGHILTERRA R., RORIVE I., « Discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi », *RTDH*, 2021, p. 27-60.

BRONDEL S., « Un accès dérogatoire à la fonction publique en débat », *AJDA*, n° 2, 2005, p. 60.

BUI-XUAN O. :
- « Le congé de maternité des enseignantes-chercheures », *Droit et société*, n° 77, 2011, p. 109-36.
- « Circulaire du 30 avril 2012 : du nouveau au sujet des congés des enseignants-chercheurs ?, *AJFP*, n° 5, 2012, p. 261-5.
- « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'État relative à la neutralité religieuse dans les services publics », *AJDA*, n° 5, 2014, p. 249.
- « La "représentation équilibrée entre hommes et femmes", une catégorie juridique équivoque », *RDP*, n° 2, 2015, p. 431-50.
- « Propos introductifs » *in* BUI-XUAN O. (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 7-24.
- « La représentation équilibrée : une fausse représentation ? » *in* BUI-XUAN O. (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 145-56.
- « "Représentation équilibrée" et "représentation proportionnée" des femmes et des hommes : convergence ou concurrence ? », *AJFP*, n° 6, 2018, p. 319-23.
- « Égalité professionnelle. Cherchez la transformation ! », *DS*, n° 12, 2019, p. 1015-9.
- « Extension du domaine de la neutralité religieuse », *AJDA*, n° 41, 2019, p. 2401. « Pour un "acte II" du dispositif de féminisation de la haute fonction publique », *AJFP*, n° 3, 2019, p. 131-7.

- « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique et de la haute fonction publique », *Titre VII*, nº 4, 2020.
- « Sphère publique, espace public et diversité religieuse » *in* C. RUET (dir.), *Appréhender la diversité : regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Bayonne, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, Lextenso, 2020, p. 259-75.
- « Quelle diversification sociale pour la haute fonction publique ? », *AJDA*, nº 18, 2021, p. 1006-12.

CAFAGGI F., « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, nº 109, 2004, p. 23-35.

CAILLOSSE J., « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, nº 105-6, 2003, p. 121-34.

CALANDRI L., « Incitation(s) et autorégulation(s) : quelle place pour le droit de la compliance dans le secteur audiovisuel ? » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 115-22.

CALVES G. :
- « Les politiques françaises de lutte contre le racisme, des politiques en mutation », *French Politics and Society*, nº 3, 2000, p. 75-82.
- « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, nº 117, 2001, p. 163-74.
- « "Il n'y a pas de race ici". Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, nº 17, 2002, p. 173-86.
- « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, nº 111, 2004, p. 29-40.
- « Il y a une autoreproduction malsaine dans la fonction publique », *AJDA*, nº 8, 2005, p. 404.
- « "Refléter la diversité de la population française" : naissance et développement d'un objectif flou », *RISS*, nº 183, 2005, p. 177-86.
- « Introduction », *RFAP*, nº 118, 2006, p. 245-50.
- « Répression des discriminations : l'adieu aux armes » *in* CHAMPEIL-DESPLATS V., FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits : billets d'humeur en faveur de D. Lochack*, Paris, LGDJ, 2007, p. 45-9.
- « Inégalités et justice sociale : le piège de la "diversité" » *in* PEILLON V. (dir.), *Inégalités et justice sociale. Débats et défis contemporains*, Paris, Le bord de l'eau éditions, 2008, p. 178-93.
- « Sanctionner ou réguler : L'hésitation des politiques de lutte contre les discriminations », *Informations sociales*, nº 4, 2008, p. 34-45.
- « Le Comité Sabeg, une menace pour la démocratie », *Observatoire des inégalités*, 7 avril 2009.
- « Mesurer les discriminations, mesurer la "diversité" » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 185-191.

- « Le principe de non-discrimination : un principe vide » *in* POTVIN-SOLIS L., (dir.), *Septièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet. Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 47-53.
- « Justice : rendre effectif le droit à la non-discrimination », *Alternatives Économiques*, n° 358, 2016, p. 75.
- « Motifs illicites de discrimination : poussée de fièvre à l'Assemblée nationale », *D.*, n° 26, 2016, p. 1500.
- « Le droit de la non-discrimination, un droit pour rire », *D.*, n° 12, 2017, p. 653.
- « L'inflation législative des motifs illicites de discrimination : essai d'analyse fonctionnelle » *in* DDD, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, 2018, p. 152-163.
- « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Droit social*, n° 4, 2018, p. 323-9.
- « L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination. État des lieux », *Droit ouvrier*, n° 864, 2020, p. 489-500.
- « Jour férié réservé aux membres d'un culte minoritaire : un refus clair et net de la CJUE », *SSL*, n° 1852, 2020, p. 5-8.

CASSIA P., « Le site Internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ? », *JCP A*, n° 8, 2006, p. 263-70.

CAZALA J., « Le *soft law* international : entre inspiration et aspiration » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 1, 2012, p. 17-55.

CHAMMAS M. C., « Compliance by design », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 2, 2020, p. 15-7.

CHAMPEIL-DESPLATS V. :
- « À quoi sert encore le Conseil constitutionnel ? », *Plein droit*, n° 16, 2008, p. 27-31.
- MILLARD E., « Efficacité et énoncé de la norme » *in* HAMMJE P., JANICOT L., NADAL S., *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso, 2013, p. 63-73.
- « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *LRDH*, n° 9, 2016.

CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation » *in* S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 3-76.

CHAUCHAT M., « La citoyenneté calédonienne », *Cahiers du Cons. const.*, n° 23, 2008.

CHEVALLIER J. :
- « De quelques usages du concept de régulation » *in* MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71-94.
- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n° 3, 1998, p. 659-90.
- « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 827-46.
- « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? » *in* MORAND C. -A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37-61.
- « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *RFAP*, n° 105-106, 2003, p. 203-217.
- « Lutte contre les discriminations et État-providence », *HAL*, n° Hal-01723904, 2003.« L'état régulateur », *RFAP*, n° 111, 2004, p. 473-82.
- « La normativité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 56-8.
- « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, 2006, p. 143-50.
- « Contractualisation et régulation » *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 83-93.
- « Révision générale des politiques publiques et gestion des ressources humaines », *RFAP*, n° 136, 2010, p. 907-18.
- « Introduction » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4, 2012, p. 689-711.
- « Synthèse » *in* BUI-XUAN O. (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 265-76.
- « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA*, n° 2, 2018, p. 209-13.

CLINCHAMPS N., « L'administration de la Nouvelle-Calédonie en mal de représentativité », *RFAP*, n° 118, 2006, p. 335-45.

COCHOY F., « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et société*, n° 65, 2012, p. 91-101.

COIPEL M., « La coutume » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Les sources du droit revisitées. Normes internes et infraconstitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 2, 2012, p. 551-32.

COLLARD C., « Nul n'est censé ignorer la compliance : les collectivités territoriales et la conformité », *AJCT*, n° 10, 2018, p. 481-5.

COMBEAU P., « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », *RFDA*, n° 6, 2004, p. 1069-78.

CONS. CONST., « Commentaire de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 24, p. 5-7.

CORON C., BOUSSARD-VERRECCHIA E., BERTHOU K., MEURS D., « Quelle efficacité attendre des indicateurs pour mesurer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes », *RTD Civ.*, n° 3, 2019, p. 147-60.

COSSALTER P., « Les modèles de contractualisation », *RFDA*, n° 1, 2018, p. 15-21.

COURET A., « Comply or explain : les destinées françaises du principe », *BMIS*, n° 3, 2017, p. 202-8.

CUSSO R., « Spécificité de la perception des discriminations en France » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 149-55.

CUZACQ N. :

- « Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law », *HAL*, n° hal-00881860, 2012, p. 1-31.
- « Les nouveautés issues du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *RDT*, n° 1, 2013, p. 15-25.
- « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *RdS*, n° 12, 2015, p. 707-19.
- « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, n° 2, 2017, p. 473-91.
- « Premier contentieux relatif à la loi "vigilance" du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », *D.*, n° 17, 2020, p. 970-5.

D'HAULTEFOEUILLE M., MARTIN N., CISSE S., « Le whistleblowing en France : Influences et défis juridiques », *CDE*, n° 5, 2014, p. 33-7.

DAOUD E. :

- FERRARI J., « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S*, n° 39, 2012, p. 13-21.
- KLEIMAN A., « La mise en place de bonnes pratiques au sein des PME et des ETI : enjeux et solutions », *Dalloz actualité*, 22 mars 2021.

DAUGAREILH I. :

- « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes & Migrations*, n° 1292, 2011, p. 34-46.
- « Responsabilidad social de las empresas transnacionales : Análisis crítico y prospectiva jurídica », *Cuadernos de relaciones laborales*, n° 1, 2009, p. 93-123.

DE BECHILLON D. :

- « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité » *in* SEVERIN E., BERTHOUD A. (dir.), *La production des normes entre États et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 47-69.

- MATHIEU B., MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Faut-il actualiser le préambule de la Constitution ? », *Constitution*, n° 2, 2012, p. 247-61.

DE MONTECLER M. –C., « Lancement de la classe préparatoire intégrée de l'ÉNA », *AJDA*, n° 33, 2009, p. 1803.

DEBET A. :
- « Les sites de rencontres peuvent traiter des données sensibles en recueillant le consentement exprès par une case à cocher », *CCE*, n° 11, 2015, p. 42-4.
- METTALINOS N., « Droit des données personnelles. Loi Informatique et Libertés : adaptation du droit français avec le RGPD », *CCE*, n° 10 2018, p. 10-21.
- « Le consentement dans le RGPD : rôle et définition », *CCE*, n° 4, 2018, p. 37-44.

DELAUNAY B., LE CLAINCHE M., RIHAL H., ROUBAN L., « Chronique de l'administration », *RFAP*, n° 115, 2005, p. 495-514.

DELMAS-MARTY M. , « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? » *in* CLAM J., MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 209-19.

DEMARD N., « La "stratégie contentieuse" » en matière pénale » *in* CASS, CE, CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, DDD, *Colloque 10 ans de droit de la non-discrimination*, Paris, 2015, p. 105-16.

DENIZOT A., « Race ou prétendue race : la méthode des petits pas », *RTD Civ*., n° 4, 2017, p. 922.

DENQUIN J. –M. :
- « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Cahiers du Cons. const.*, n° 28, 2008, p. 95-8.
- « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, n° 4, 2010.

DEPREZ J., « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ*, n° 3, 1997, p. 799-825.

DESBARATS I. :
- « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, Regard sur une pratique en expansion », *JCP G*, n° 9, 2003, p. 337-43.
- « Les agents contractuels de la fonction publique territoriale française. De la précarité juridique à l'atout managérial ? », *RFAP*, n° 115, 2005, p. 481-93.
- « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, n° 5, 2006, p. 254-61.
- JAZOTTES G., « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *CDE*, n° 3, 2012, p. 25-30.
- « La RSE en droit français : un champ d'évolutions normatives », *DS*, n° 7-8, 2015, p. 572-81.

- « Entre laïcité et neutralité : quelles frontières en droit du travail ? », *Revue du droit des religions*, n° 4, 2017, p. 51-67.
- « Le RSE "à la française" : où en est-on ? », *DS*, n° 6, 2018, p. 525-36.
- « De l'entrée de la RSE dans le code civil », *DS*, n° 1, 2019, p. 47-56.
- « Le recrutement à l'ère de l'IA : l'éthique au secours du droit ? », *RLDA*, n° 153, 2019, p. 37-41.

DESMARAIS C., ABORD DE CHATILLON E., « Existe-t-il encore des différences entre le travail des managers du public et ceux du privé ? », *RFAP*, n° 128, 2008, p. 767-83.

DEUMIER P. :
- DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques » *in* AFFAKI G., ATIAS C., BARTHE A. (dir.), *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 337-58.
- « La réception du droit souple par l'ordre juridique *in* BARTHEZ A. S., CHANTEPIE G., DEUMIER P., JUBAULT C., LASSERRE- KIESOW V., MEKKI M., PERES C., THIBIERGE C., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113-39.
- « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme » *in* BOY L., RACINE J. –B., SIIRIAINEN F. (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 671-95.
- « Le cas des instruments RSE à destination des partenaires commerciaux » *in* MAZUYER E. (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 177-88.
- « La pratique et les sources du droit » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Les sources du droit revisitées, Normativités concurrentes*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 3, 2012, p. 111-36.
- « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, n° 23, 2013, p. 1564-70.
- « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets » *in* CE, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, p. 247-55.
- « Le principe "appliquer ou expliquer" appliquer la norme autrement ? », *RTD Civ.*, n° 1, 2013, p. 79-84.
- « Appliquer, expliquer ou sanctionner ? », *CDE*, n° 4, 2014, p. 37-8.
- « La soft law devant le juge : une figure à géométrie variable » *in* ANTONMATTEI P. –H., BREHIER B., GUTMANN D., MAINGUY D., MARTINON A., REVET T (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p. 371-80.

DONDERO B., NEVEU F., « Inventer des mots pour créer du droit ? », *LGP*, n° 3, 2017, p. 14-5.

DONZEL-TABOUCOU C., « Le principe "appliquer ou expliquer" en France ou le droit à l'auto-édiction normative », *RdS*, n° 6, 2015, p. 347-60.

DREYFUS F., EYMERI-DOUZANS J. –M. (dir.), « Les concours administratifs en questions » (dossier), *RFAP*, n° 142, 2012, p. 305-611.

DUBRION B., MAZUYER E., « Les rencontres improbables entre droit et management : les pratiques de RSE », *SSL*, n° 1576, 2013, p. 75-84.

DUMONT H., BAILLEUX A., « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, n° 75, 2010, p. 275-93.

DUMORTIER T., « Les discriminations dans la fonction publique : une réponse juridictionnelle limitée », *AJDA*, n° 12, 2017, p. 661-7.

DUMOULIN L., « La nouvelle profession de conseiller en investissement financier », *Droit et patrimoine*, n° 121, 2003, p. 75-85.

DUPIN F., « Entretien avec Gwénaële Calvès », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012, p. 11-25.

DUPONT N., « Le droit mou professionnel d'initiative privée, Quel intérêt pour les consommateurs ? », *RRJ*, n° 3, 2009, p. 1201-21.

DUPRE DE BOULOIS X. :
- « Rire est-il une liberté fondamentale ? », *RDLF*, chron. n° 1, 2016.
- « "Politiquement correct" et liberté d'expression », *RDLF*, chron. n° 1, 2020.

DURAND H., « Le principe "comply or explain" appliqué aux entreprises sociales et solidaires : se conformer, sans pouvoir se justifier », *D.*, n° 29, 2014, p. 1645-6.

DUTHIL G., DE LORGERIL N., « Vingt-cinq ans de troisième concours à l'ÉNA : un exemple réussi de diversification de la haute fonction publique ? », *RFAP*, n° 1, 2015, p. 195-212.

EDEL F. :
- « Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics », *RFAP*, n° 142, 2012, p. 339-67.
- « La classe préparatoire intégrée de l'ÉNA mise au défi de compenser les inégalités des chances devant le concours externe », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 141-63.

EYMERI-DOUZANS J. –M., « Les concours à l'épreuve », *RFAP*, n° 142, 2012, p. 307-25.

FABRE-MAGNAN M., « Les fausses promesses des entreprises » *in* ANTONMATTEI P. –H., BREHIER B., GUTMANN D., MAINGUY D., MARTINON A., REVET T (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p. 451-8.

FAGES B., « Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise », *BMIS*, n° 4, 2009, p. 428-33.

FANTONI-QUINTON S., LAFLAMME A. –M., « L'obligation de "reclassement" à la lumière de la notion d'"accommodement raisonnable" du droit canadien », *DS*, n° 2, 2009, p. 215-20.

FAVENNEC-HERY F. :
- « Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise », *JCP S*, n° 47, 2006, p. 7-10.

- « Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué », *DS*, n° 1, 2007, p. 3-7.

FELIX A. :
- « Le contrôle interne : concept », *LPA*, n° 74, 2007, p. 5-6.
- « La responsabilité de l'émetteur au-delà de la directive RSE », *BMIS*, n° 5, 2018, p. 328-36.

FERCOT C. :
- PICHARD M., « L'identification des motifs de discrimination dans la loi. Etude légistique » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, Y. L'HORTY (dir.), *Critères, catégories et stéréotypes. Discriminations : état de la recherche*, Paris, Colloque de l'ARDIS, 9 octobre 2015.
- « Soft law, droits de l'homme et effectivité » *in* AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 55-74.

FIALAIRE J., « Fonctions publiques et finalités de l'État » *in* FORTIER J. -C. (dir.), *Le statut général des fonctionaires : trente ans, et après ?*, Paris, Dalloz, 2014, p. 307-25.

FLAMENT L., « Comment mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle ? », *JCP S*, n° 13, 2013, p. 28-32.

FLAUSS J. F., « Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique », *LPA*, n° 104, 2002, p. 4-20.

FOEGLE J. – P., MEDARD R., « De l'art du funambulisme : la CNCDH se saisit des "discours de haine" sur internet », *LRDH*, Actualités Droits et Libertés, 5 mai 2015.

FONDIMARE E., « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », *LRDH*, n° 9, 2016.

FOREST D., « Statistiques ethniques dans l'entreprise : une occasion de réformer la loi du 6 janvier 1978 », *Revue Le Lamy Droit de l'immatériel*, n° 29, 2007, p. 46-8.

FORTIER C., « Les universités dans la loi du 22 juillet 2013 », *AJDA*, n° 39, 2013, p. 2251-9.

FORTIER V., « Neutralité et diversité religieuse dans l'entreprise privée » *in* C. RUET (dir.), *Appréhender la diversité : regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, Bayonne, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, Lextenso, 2020, p. 273-85.

FRANÇOIS B. :
- « Féminisation des instances dirigeantes : vers une représentation plus équilibrée ? », *RdS*, n° 10, 2019, p. 612-4.
- « Des quotas légaux de femmes parmi les cadres dirigeants et les membres des instances dirigeantes », *RdS*, n° 5, 2021, p. 478.

FRANGI M., « Réflexions sur la place de la culture générale dans les concours », *AJFP*, n° 6, 2009, p. 288-93.

FRISON-ROCHE M. -A. :
- « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance », *D.*, n° 44, 2012, p. 2432-4.
- « Le droit de la compliance », *D.*, n° 32, 2016, p. 1871-4.
- « Du droit de la régulation au droit de la compliance » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, 2017, p. 1-14.
- « Entreprise, régulateur et juge : penser la compliance par ces trois personnages », *in* BORGA N., MARIN J. –C., RODA J. –C., *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, 2018, p. 1-11.
- « Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du Droit de la compliance par ses "buts monumentaux" » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 27-38.
- « Dresser des cartographies des risques comme obligation et le paradoxe des "risques de conformité" » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 63-9.
- « La formation : contenu et contenant de la compliance » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 227-43.
- « Résoudre la contradiction entre "sanction" et "incitation" sous le feu du Droit de la compliance » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 89-98.

FRYDMAN B. :
- « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation » *in* BERNS T., DOCQUIR P. –F., FRYDMAN B., HENNEBEL L., LEWKOWICZ G. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1-50.
- LEWKOWICZ G., « Les codes de conduite : source du droit global ? » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Les sources du droit revisitées, Normativités concurrentes*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 3, 2012, p. 179-210.

GAMET L., « Le Whistleblowing (ou le salarié mouchard) », *BMIS*, n° 3, 2006, p. 307-19.

GAUDEMET A., « Conclusion » *in* BORGA N., MARIN J. –C., RODA J. –C., *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, 2018, p. 251-9.

GAUDEMET Y. :
- « Introduction », *RFAP*, n° 109, 2004, p. 13-6.
- « La régulation économique et la dilution des normes », *RDP*, n° 1, 2017, p. 26-36.

GAUDIN J. -P., « La régulation et les sciences politiques » *in* MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 27-42.

GAURIAU B., « Les accords collectifs relatifs à la diversité », *DS*, n° 11, 2008, p. 1060-4.

GERARD P., « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Les*

sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4, 2012, p. 19-49.

GERRY-VERNIERES S., « *Soft law* et sécurité juridique » *in* AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 149-64.

GIULJ S., « Guide de préparation des assemblées : Modifications résultant de la loi NRE : Informations à délivrer et résolutions à prévoir », *LPA*, n° 121, 2002, p. 7-11.

GRANIER C., « L'originalité normative de la compliance by design » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 269-77.

GROSBON S. :

- « La transfiguration de l'espace publique » *in* ROMAN D., *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Editions Pedone, 2014, p. 281–325.
- « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *LRDH*, n° 9, 2016.

GROULIER C., « L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un "sésame contentieux" », *RFDA*, n° 5, 2008, p. 941-50.

GRÜNDLER T. :

- GUERLAIS I., LE BOURHIS K., « La discrimination sur l'origine sociale, entre mythe et réalité » *in* CHAMPEIL-DESPLATS V., FERRE N. (dir.), *Frontières du droit, critique des droits : billets d'humeur en faveur de D. Lochack*, Paris, LGDJ, 2007, p. 63-74.
- « Tous discriminés ? », *RDLF*, chron. n° 5, 2017.

GUENZOUI Y., « Le droit et la théorie économique des conventions » *in* FRISON-ROCHE M. -A. (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, 2006, p. 161-81.

GUGLIELMI G. J., KOUBI G., « Introduction » *in* GUGLIELMI G. J., KOUBI G. (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 7-10.

GUIOMARD F. :

- ROBIN-OLIVIER S., « Discriminations, diversité et race : les mots et les concepts » *in* GUIOMARD F., ROBIN-OLIVIER S. (dir.), *Diversité et discriminations raciales : Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1-21.
- « L'impact juridique des lois récentes relatives aux discriminations dans l'emploi en France » *in* RINGELHEIM J., HERMAN G., REA A. (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 85-100.

GUYOMAR M., « Édito », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 1.

GUYOT H., « La diversité dans l'entreprise », *JCP S*, n° 16, 2012, p. 13-7.

HACHEZ I. :
- « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law”, *RIEJ*, n° 2, 2010, p. 51-5.
- « La force normative : fécondité et limites d'un concept émergent » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4, 2012, p. 427-55.
- « Le soft law : qui trop embrasse mal étreint ? » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 4, 2012, p. 539-86.

HATCHUEL A., SEGRESTIN B., « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », *Droit et société*, n° 106, 2020, p. 667-82.

HATTON E., « Les impensés de la formation à la non-discrimination » *in* GUILLALOT E., PREVERT A. (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 149-61.

HAUTEREAU-BOUTONNET M., « Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? », *D.*, n° 11, 2020, p. 609-10.

HEAS F. , « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », *JCP S*, n° 24, 2011, p. 19-24.

HENNEBEL L., LEWKOWICZ G., « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises » *in* BERNS T., DOCQUIR P. –F., FRYDMAN B., HENNEBEL L., LEWKOWICZ G. (dir), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 147-225.

HENNETTE-VAUCHEZ S. :
- « Redécouvrir le préambule de la Constitution, ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle », *RFDA*, n° 3, 2009, p. 397-406.
- ROMAN D., « Des usages stratégiques de l'argumentation juridique : retour sur la tierce intervention de REGINE à l'occasion de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2015-465 QPC, conférence des présidents d'université », *LRDH*, n° 12, 2017.
- « Discriminations et fait religieux. Enjeux » *in* BASILIEN-GAINCHE M. –L. (dir.), *« Discriminations & Fait religieux » : journée de formation des acteurs de la justice*, Lyon, Colloque du GIP La Laïcité dans la Justice, 30 mars 2018.

HOFFSCHIR N., ORIF V., « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *LRDH*, n° 9, 2016.

HUET N., « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de Droit ? » *in* HAYAT M., REYGROBELLET A., *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain : regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 155-76.

IDOUX P., « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA*, n° 2, 2016, p. 260-9.

ILJIC A., « Actes de droit souple : les appréciations de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique », *RFDA*, n° 5, 2019, p. 851-60.

JACQUE J. –P., « Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFAP*, n° 137-8, 2011, p. 79-83.

JEAMMAUD A., « Normes juridiques et action » *in* MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 95-128.

JEAN-PIERRE D. :

- « La disparition progressive des limites d'âge dans les fonctions publiques », *JCP A*, n° 40, 2005, p. 1486-8.
- « Les contrats de Pacte dans la fonction publique : du pré-recrutement à la titularisation », *JCP A*, n° 39, 2005, p. 1454-9.
- « Égalité, citoyenneté et diversité dans la fonction publique », *JCP A*, n° 12, 2017, p. 37-40.
- « Les contrats d'accompagnement aux concours de la fonction publique », *JCP A*, n° 43, 2017, p. 3-5.

JEGOUZO Y., « Émergence et limites d'un droit de la discrimination positive », *AJDA*, n° 43, 2003, p. 2281.

JOUANJAN O., « Logiques de l'égalité », *Titre VII*, n° 4, 2020.

JOURDAIN J. –P., « Le Pacte : un nouveau mode d'accès à la fonction publique pour favoriser l'intégration sociale », *Les cahiers de la fonction publique*, septembre 2004, p. 21-3.

JULIEN M. :

- Le contentieux des instruments de la RSE dans le champ des relations de travail » *in* MAZUYER E. (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 235-45.
- MAZUYER E., « Les obligations des entreprises en matière de *reporting* social », *RDT*, n° 4, 2015, p. 234-43.

KADA N., « Quelle représentation pour le préfet » *in* BUI-XUAN O. (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 203-15.

KHODRI F., DEUMIER P., « La diversité dans la composition des conseils. Une autre articulation du droit et du droit souple », *Journal des sociétés*, n° 154, 2017, p. 20-31.

KOLLIOPOULOS A., « La convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », *AFDI*, n° 51, 2005, p. 487-511.

KOUBI G. :

- « Une réforme annoncée du concours ENM », *Droit cri-Tic*, 23 février 2008.
- « La lettre annexée : retour à l'antienne de la "diversité" », *Droit cri-Tic*, 10 avril 2008.

- « Une notion de “parti politique” à réviser... au prisme d’un label à venir de la “diversité” », *Droit Cri-Tic*, 16 décembre 2008.
- « Label “diversité”. La promotion de la discrimination active », *Droit cri-Tic*, 4 mars 2009.
- « Sélection des candidats à l’ENA en jeu de “diversité” de classe (préparatoire) », *Droit cri-Tic*, 5 juin 2009.
- « Rentrée universitaire 2009-2010 — Cours : "Droit et Diversité" — ajouter "culturelle" ! ... à l’attention des étudiants du Master 1 Droit comparé, Paris 8 — 1er semestre », *Droit cri-Tic*, 30 septembre 2009.
- « Classes “diversité” et obligation de réussite ? », *Droit cri-Tic*, 8 octobre 2009.
- « Démesures statistiques. Rapport “Inégalités et discriminations” », *Droit cri-Tic*, Parties 1 à 4, février 2010.
- « La diversité à l’aune de l’argent versé Arr. 20 mai 2010 — mise en place d’une classe préparatoire intégrée pour l’accès aux concours externes de recrutement des élèves conservateurs du patrimoine », *Droit cri-Tic*, 29 mai 2010.
- « La notion de “diversité” en application pour une entrée dans la fonction publique », *Droit cri-Tic*, 2 juillet 2012.

KOUBI G. :
- « Droit et minorités dans la République française » *in* FENET A., KOUBI G., SCHULTE-TENCKOFF I., *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2000, p. 293-384.
- « Vers l’égalité des chances : quelles chances en droit ? » *in* GUGLIELMI G. J., KOUBI G. (dir.), *L’égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Paris, La Découverte, 2000, p. 69-89.
- « Le droit à l’in-différence, fondement du droit à la différence » *in* ROULAND N. (dir.), *Le droit à la différence*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2002, p. 263-81.

LAFARGE F., LE CLAINCHE M. (dir.), « La révision générale des politiques publiques » (dossier), *RFAP*, no 136, 2010, p. 775-1063.

LANORD M. :
- « Le recrutement par concours dans la “territoriale” : Chronique d’une mort annoncée », *AJFP*, no 4, 2002, p. 4-9.
- « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA*, no 4, 2005, p. 738-51.

LARAT F., EDEL F., « Les emplois publics sont-ils accessibles à tous ? », *RFAP*, no 153, 2015, p. 5-13.

LARONZE F., « 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 », *DS*, no 4, 2013, p. 345-52.

LAROUER M., « La manifestation des mécanismes incitatifs dans le droit français de la compliance » *in* M. -A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, 2021, p. 99-106.

LAULOM S., « Conclusion : la RSE comme instrument de mise en œuvre du droit » *in* MAZUYER E. (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 189-203.

LAVERGNE B., « Le droit souple devant le juge administratif français » *in* HOCHMANN T., JOUVE D., PAILLER P. (dir.), *Le contrôle juridictionnel du droit souple*, Reims, Epure, 2017, p. 25-44.

LE POURHIET A. –M., « Représenter la Nation ? » *in* A. LE POURHIET, B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et *al.* (dir.), *Représentation et représentativité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 7-17.

LEBRETON G., « "Mouvementer" les concours de recrutement ? », *AJDA*, n° 26, 2009, p. 1393.

LECOURT B. :
- « La loi DDAC du 3 juillet 2008 réformant le Code de commerce dans ses dispositions relatives au gouvernement d'entreprises, aux fusions internes, à la SARL et à la SE », *RdS*, n° 3, 2008, p. 563-76.
- « Directive numéro 2014/95/UE du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non financières par les sociétés », *RdS*, n° 2, 2015, p. 134-9.
- « La diversité dans les organes d'administration et de direction », *RdS*, n° 10, 2019, p. 587-94.
- « Vers une révision de la directive sur la publication d'informations extra-financières (résultats de la consultation publique) », *RdS*, n° 11, 2020, p. 645-8.

LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque », *RFDA*, n° 2, 2010, p. 301-8.

LEPAGE A., « Les motifs discriminatoires : regard du pénaliste », *DS*, n° 4, 2020, p. 298-302.

LERAY G., « Équivoque sur la compétence juridictionnelle en matière de plan de vigilance », *RdS*, n° 5, 2021, p. 297-301.

LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 79, 2011, p. 715-32.

LESAULNIER F., « La définition des données à caractère personnel dans le règlement général relatif à la protection des données personnelles », *Dalloz IP/IT*, n° 12, 2018, p. 573-80.

LOCHAK D. :
- « Réflexion sur la notion de discrimination », *DS*, n° 11, 1988, p. 779-90.
- « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences » *in* FENET A., SOULIER G. (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 111-89.
- « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 1992, p. 291-303.
- « Loi du marché et discrimination » *in* BORRILLO D. (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La découverte, 2003, p. 9-37.
- « Lutte contre les discriminations, le piège des mots », *LDH Info*, n° 141, 2005, p. I-IV.
- « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », *LRDH*, n° 3, 2013.

LOISELLE M., « L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives interne et externe » *in* BACHIR M. (dir.), *Les méthodes au concret. Démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique*, Paris, PUF, 2000, p. 187-209.

LOKIEC P., « Contractualisation et légitimité procédurale » *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 95-108.

LOMBARD M., « L'ENA, école de la diversité ? », *AJDA*, n° 5, 2009, p. 225-7.

LONG M., « Discrimination positive à Sciences-Po Paris », *AJDA*, n° 13, 2004, p. 688-94.

LYON-CAEN A., « Responsabilités des entreprises et corégulation », *RDT*, n° 9, 2007, p. 549.

MAGNON X., « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 949-66.

MAILLARD-PINON S., « La justification des discriminations dans l'emploi-Le regard du travailliste », *DS*, n° 20, 2020, p. 310-4.

MAISTRE R. –O., « La régulation des médias audiovisuels à l'ère numérique », *CCE*, n° 5, 2019, p. 6-7.

MALABAT V., AUZERO G., « Les lanceurs d'alerte » *in* ANTONMATTEI P. –H., BREHIER B., GUTMANN D., MAINGUY D., MARTINON A., REVET T (dir.), *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, p. 673-84.

MALECKI C. :
- « Informations sociales et environnementales. De nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.*, n° 12, 2003, p. 818-23.
- « Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable », *BMIS*, n° 12, 2014, p. 732-9.
- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *BMIS*, n° 5, 2017, p. 298-302.

MALFETTES L., « Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié », *DS*, n° 7-8, 2019, p. 591-8.

MALHERBE N., « Quelles seraient les conséquences juridiques de la suppression du mot "race" de notre Constitution ? », *D.*, n° 15, 2013, p. 1012.

MARC E., « L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de fonction publique territoriale », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, 2007, p. 47-53.

MARCOU G., « La procédure de normalisation et l'innovation », *RFDA*, n° 1, 2011, p. 135-40.

MARDON D., « *Soft law*, droits fondamentaux et légitimité » *in* AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 129-48.

MARTHINET L., « L'engagement de servir dans la fonction publique », *AJDA*, n° 23, 2015, p. 1304-11.

MARTIN G. J., « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite "Grenelle II") », *RdS*, n° 2, 2011, p.75-86.

MARZO C., « La citoyenneté européenne, instrument de la réception du concept de diversité en droit de l'Union européenne ? » *in* ICARD P., OLIVIER-LEPRINCE J. (dir.), *Le concept de diversité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 141-60.

MATUTANO E., « La reconnaissance du doctorat dans la fonction publique : une bouteille jetée dans l'océan normatif ? », *AJFP*, n° 5, 2015, p. 275-80.

MAZUYER E. :

- « La force normative des instruments de la RSE » *in* THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 577-89.
- DE LA ROSA S., « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la soft law », *Cahiers de droit européen*, n° 3-4, 2009, p. 295-333.
- « La RSE : identification et régulation d'un phénomène complexe » *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 15-39.
- « L'effectivité des engagements des entreprises françaises » *in* MAZUYER E. (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 165-77.
- « La responsabilité sociale des entreprises saisie par le droit européen : la proposition de directive sur la transmission d'informations sociales et environnementales par les entreprises », *RLDA*, n° 85, 2013, p. 73-9.
- « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? », *RDT*, n° 2, 2017, p. 83-94.
- « Les relations entre soft law et droits fondamentaux : une approche pragmatique par la RSE » *in* AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 265-86.

MEDARD INGHILTERRA R. :

- « Face à la fragmentation matérielle et formelle, plaider la consolidation du droit antidiscriminatoire en France », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 45-51.
- « La discrimination, un concept polymorphe à étreindre », *Délibérée*, n° 7, 2019, p. 27-33.

MEKKI M. :

- « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC*, n° 2, 2006, p. 297-310.
- « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat » *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 323-43.

- « Propos introductifs sur le droit souple » *in* BARTHEZ A. S., CHANTEPIE G., DEUMIER P., JUBAULT C., LASSERRE- KIESOW V., MEKKI M., PERES C., THIBIERGE C., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1-23.
- « L'intelligence contractuelle et numérique au service de la responsabilité sociétale des entreprises », *AJ Contrats d'affaires — Concurrence – Distribution*, n° 3, 2012, p. 112-20.

MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 18, 1994, p. 241-94.

MELLERAY F. :
- « On instaure une discrimination positive valorisant l'échec », *AJDA*, n° 2, 2005, p. 60-4.
- « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP*, n° 1, 2006, p. 185-99.

MERCAT-BRUNS M. :
- « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT*, n° 6, 2007, p. 360-8.
- « La diversité dans tous ses états : l'apport de la doctrine américaine » *in* GUIOMARD F., ROBIN-OLIVIER S. (dir.), *Diversité et discriminations raciales : Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 67-8.
- « Chapitre 5. Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques. Un éclairage de la jurisprudence américaine » *in* MILEWSKI F., PERIVIER H. (dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, Paris, PFNSP, 2011, p. 117-38.
- « La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique ? », *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 97-107.
- « Harcèlement sexuel au travail » *in* HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., PICHARD M., *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éd., 2014, p. 201-18.
- BOUSSARD-VERRECCHIA E., « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », *RDT*, n° 11, 2015, p. 660-71.
- « Discriminations multiples et identité au travail au croisement des questions d'égalité et liberté », *RDT*, n° 1, 2015, p. 28-38.
- « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *RTD*, n° 1, 2015, p. 28-38.
- « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, n° 11, 2015, p. 672-81.
- « Lutte contre les discriminations : nouveau critère tiré de la perte d'autonomie », *D.*, n° 34, 2015, p. 1957.
- PALLARES CASTANY A., « La faible visibilité juridique de la discrimination dans l'emploi fondée sur le jeune âge », *Agora débats/jeunesses*, n° 74, 2016, p. 63-75.
- « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.*, n° 5, 2017, p. 224-31.
- « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *DS*, n° 4, 2017, p. 361-71.

- « Confluence des critères discriminatoires en Europe, révélatrice de discriminations systémiques ? » *in* DDD, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, 2018, p. 164-82.
- « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *LRDH*, n° 14, 2018.
- « Introduction » *in* MERCAT-BRUNS M. (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit - Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 9-24.
- « La discrimination systémique : un concept présent ailleurs mais un défi commun ? », *RDT*, n° 6, 2020, p. 423-30.
- « L'égalité des genres comme mode de transformation des normes », *RDT*, n° 1, 2020, p. 17-21.
- « Les différentes figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *RDT*, n° 1, 2020, p. 25-41.
- « Les rapports entre vieillissement et discrimination en droit : une fertilisation croisée utile sur le plan individuel et collectif », *LRDH*, n° 17, 2020.
- Discrimination intersectionnelle : une notion émergente en droit du travail ?, *Bulletin du travail*, n° 4, 2021, p. 52-4.
- « Les inégalités à l'épreuve de la crise sanitaire. Télétravail et discrimination indirecte fondée sur le sexe », *JCP G*, n° 10, 2021, p. 460-6.

MERCIER V. :
- « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Dsoc.*, n° 6, 2011, p. 7-13.
- (dir.), « L'investissement socialement responsable : quelle crédibilité ? » (dossier), *Bulletin Joly Bourse et produits financiers*, n° 111, 2014, p. 407-60.

METAIS P., VALETTE E., « Le devoir de vigilance et les enjeux en matière de responsabilité civile », *RLDA*, n° 153, 2019, p. 48-52.

METALLINOS N. :
- « Les critères de qualification des acteurs (responsables de traitement, responsables de traitement conjoints, sous-traitants) », *CCE*, n° 4, 2018, p. 35-6.
- « Le RGPD apporte-t-il de réels changements sur la place du consentement ? », *CCE*, n° 7, 2018, p. 39-41.

MEYER F., « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », *Droit ouvrier*, n° 682, 2005, p. 185-94.

MEYER-BISCH P., « Analyse des droits culturels », *Droits fondamentaux*, n° 7, 2008, p. 1-35.

MIAILLE M. :
- « La régulation : enjeux d'un choix » *in* MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 11-26.

- « Rapport de synthèse » *in* MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 263-71.

MINCKE C., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, n° 1, 1998, p. 115-51.

MINE M. :
- « Discriminations : une transposition laborieuse », *RDT*, n° 9 et 12, 2008, p. 532-4 et 741-4.
- « Le droit de la discrimination, ses dimensions européenne et internationale et sa mobilisation » *in* MERCAT-BRUNS M., (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit -Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 25-36.

MOLFESSIS N., « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires – Introduction », *LPA*, n° 237, 2003, p. 4-6.

MONIOLLE C., « Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique (PACTE) », *AJDA*, n° 12, 2006, p. 648-51.

MONTAS A., ROUSSEL G., « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJDP*, n° 11, 2012, p. 574-8.

MORON-PUECH B., « Remarques langagières et méthodologiques sur le contrôle de conventionnalité à venir dans l'affaire du "sexe neutre" (CEDH, Y c. France, n° 76888/17) », *RDLF*, chron. n° 2, 2021.

MOULY J., « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *D.*, n° 17, 2017, p. 947-52.

MULLER-QUOY I., « Le "PACTE" : une voie contractuelle d'intégration à la fonction publique », *AJFP*, n° 3, 2007, p. 129-32.

MUSITELLI J. :
- « L'invention de la diversité culturelle », *AFDI*, n° 51, 2005, p. 512-23.
- « La Convention sur la diversité culturelle : anatomie d'un succès diplomatique », *RIS*, n° 62, 2006, p. 11-22.

NABLI B., « Le principe de diversité culturelle et linguistique au sein d'une Union élargie », *RFDA*, n° 1, 2005, p. 177-86.

NERON S., « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, n° 38, 2011, p. 1663-9.

NICOD C., « Négociation collective et management : des rencontres inédites ? », *SSL*, n° 1576, 2013, p. 93-101.

NIQUEGE S., « Le choix de l'illusion », *AJFP*, n° 2, 2021, p. 57.

NOREAU P., « De la force symbolique du droit » *in* THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 136-50.

OPPETIT B., « De la codification » *in* BEIGNIER B. (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 7-17.

OST F., VAN DE KERCHOVE M. :

- « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société*, n° 2, 1987, p. 183-93.
- « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau modèle de production du droit ?, *RIEJ*, n° 44, 2000, p. 1-82.

PACLOT Y., « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *RdS*, n° 7-8, 2011, p. 395-403.

PAGNERRE Y., « Principe de neutralité dans l'entreprise », *DS*, n° 11, 2016, p. 880-5.

PANNIER P., « Diversité : faire changer les pratiques pour respecter le droit », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 13-5.

PASTOR J. –M., « La perte d'autonomie, nouveau critère de discrimination », *Dalloz actualité*, 18 septembre 2015.

PECAUT-RIVOLIER L., MERCAT-BRUNS M., « Le droit français est-il suffisamment équipé en matière de lutte contre les discriminations systémiques ? », *RDT*, n° 6, 2020, p. 373-9.

PELLISSIER G., « A quelles conditions le critère social peut-il être utilisé pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ? », *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, n° 89, 2013, p. 269-78.

PERES C., « La réception du droit souple par les destinataires » *in* BARTHEZ A. S., CHANTEPIE G., DEUMIER P., JUBAULT C., LASSERRE- KIESOW V., MEKKI M., PERES C., THIBIERGE C., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 93-112.

PETIT B., « "Reporting" RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau », *E.*, n° 7, 2014, p. 17-25.

PEYRONNET M. :

- « Covid-19 et égalité », *DS*, n° 7-8, 2020, p. 588-92.
- « L'usage des algorithmes et de l'IA dans le recrutement : une occasion de (ne) plus discriminer ? » *in* ADAM P., Le FRIANT M., TARASEWICZ Y. (dir.), *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail*, Dalloz, 2020, p. 139-64.
- « Promotion de la diversité et lutte contre le harcèlement : même combat ? » *in* MERCAT-BRUNS M., (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit -Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 151-9.

- RATTI L., « Controverse : Algorithmes et risque de discrimination : quel contrôle du juge ? », *RDT*, n° 2, 2021, p. 81-7.

PIERRE-CAPS S. :
- « Les minorités et la notion de représentation », *Cahiers Cons. const.*, n° 23, 2008, p. 86-90.
- « Représenter la société civile ? » *in* A. LE POURHIET, B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et *al.* (dir.), *Représentation et représentativité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 27-36.

PORTA J., « Égalité, discrimination, égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2e partie) », *RDT*, n° 6, 2011, p. 354-62.

POULLE J. –B., « L'apparition du principe "se conformer ou expliquer" en droit français », *RTDF*, n° 1, 2008, p. 41-7.

PREVERT A., « La lutte contre les discriminations en France. Les chemins de traverse d'une politique publique » *in* GUILLALOT E., PREVERT A. (dir.), *La discrimination : un objet indicible ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 41-54.

QUEINNEC Y., MAC CIONNAITH S., « La clause RSE, levier incontournable de vigilance », *RLDA*, n° 139, 2018, p. 32-7.

RABAGNY-LAGOA L., « La conformité dans le règlement UE n° 2016/679 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 », *LPA*, n° 215, 2018, p. 8-14.

RACINE J.- B. :
- « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme » *in* BOY L. (dir.), *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 419-49.
- « Approches de droit global », *JDI*, n° 3, 2019, p. 665-93.

REA A., « Les politiques de diversité à Bruxelles : entre politique symbolique et action positive » *in* RINGELHEIM J., HERMAN G., REA A. (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 195-212.

REGOURD S. :
- « Le projet de Convention sur la diversité culturelle. Vers une victoire à la Pyrrhus… », *Légipresse*, n° 226, 2005, p. 115-20.
- « Le paradigme européen de la diversité culturelle à l'aune de la Convention UNESCO », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2006, p. 607-13.
- « Exception, exemption, diversité culturelle... Figures de la dérogation au droit de la concurrence », *RFDA*, n° 5, 2014, p. 846-50.

REVEST V., « Les Investissements Socialement Responsables : une nouvelle configuration des relations finance-entreprise ? » *in* MAZUYER E. (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 99-122.

RIAL H., CHARRUAU J., « La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDSS*, n° 5, 2013, p. 843-58.

RINGELHEIM J. :

- « Le multiculturalisme aux miroirs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 2, 2007, p. 173-205.
- « L'Europe en quête d'égalité. Genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique » *in* GUIOMARD F., ROBIN-OLIVIER S. (dir.), *Diversité et discriminations raciales : Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 99-119.
- « Recueil de données, catégories ethniques et mesure des discriminations : un débat européen », *RTDH*, n° 82, 2010, p. 269-313.
- VAN DER PLANCKE V., « Plans de diversité dans l'entreprise : action positive ou communication positive ? Le cas de la Région de Bruxelles-Capitale » *in*VAN DROOGHENBROECK S., SOTTIAUX S., BAYART C. (dir.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, La Charte, 2010, p. 311-52.
- HERMAN G., REA A., « Introduction » *in* RINGELHEIM J., HERMAN G., REA A. (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 5-23.
- « Nommer les groupes discriminés pour mieux combattre la discrimination : la fin d'un tabou ? », *Recherche & formation*, n° 89, 2018, p. 83-94.

ROBE J. –P. :

- « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, n° 4, 2009, p. 165-83.
- MAZUYER E. : « Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ? », *RDT*, n° 7, 2010, p. 413-8.

ROBERT A., « Le rapport de gestion et l'environnement : obligations, contrôles et sanctions », *Environnement*, n° 5, 2012, p. 9-13.

ROBERT-DEMONTROND P., JOYEAU A., « Résistances à la responsabilité sociale des entreprises : de la critique des modalités à la critique de la logique économique sous-jacente », *Revue de l'organisation responsable*, n° 1, 2010, p. 5-16.

ROBIN-OLIVIER S., « Prendre au sérieux le contrôle de proportionnalité en matière de discrimination religieuse », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 2021, p. 59-68.

ROCHFELD J., « Le PARE ou les virtualités du " contrat pédagogique" », *RDC*, n° 2, 2005, p. 257-61.

ROLLAND B. :

- « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *DS.*, n° 11, 2003, p. 4-8.

- « Le reporting social, sociétal et environnemental : regards critiques », *BMIS*, n° 4, 2014, p. 287-96.
- « Le quasi-contrat au secours de la RSE ? » *in* LACROIX C., STEINMETZ B. (dir.), *Risques, Accidents et Catastrophes, Liber amicorum en l'honneur de Madame le Professeur Marie-France Steinlé-Feuerbach*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 216-26.

ROUSSEAU S., « Le code d'éthique : un instrument de gouvernance créateur de valeur », *CDE*, n° 4, 2014, p. 42-5.

ROUSSELLE O., PANNIER P., « La fonction publique doit s'ouvrir à une plus grande diversité de profils et de compétences », *Les cahiers de la fonction publique*, n° 373, 2017, p. 11.

ROZEG P., « La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises ? », *JCP S*, n° 51, 2010, p. 16-9.

ROZENBLATT P., « De l'antidiscrimination à la diversité : un essai de lecture sociologique de la coopération et de la conflictualité entre droit et management », *SSL*, n° 1576, 2013, p. 86-92.

RUIZ FABRI H., « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », *RGDIP*, n° 1, 2007, p. 43-88.

SACHS T., « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients une corégulation », *RDT*, n° 6, 2017, p. 380-90.

SAINT-JOURS Y., « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique » *in* CAMERLYNCK G. H., *Tendances du droit du droit du travail français contemporain*, Paris, Dalloz, 1977, p. 231-46.

SAUVE J. –M. :
- « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination » *in* DDD, *Colloque 10 ans de droit de la non-discrimination*, 2015, p. 11-4.
- « Compliance, droit public et juge administratif » *in* FRISON-ROCHE M. –A. (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, 2017, p. 47-64.

SCHILLER S. :
- « Nature des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires et méthode d'évaluation du préjudice subi », *JCP E*, n° 20, 2010, p. 36-41.
- « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, n° 15, 2017, p. 19-28.

SCHUCK P., « Gérer la diversité sociale », *ARSP*, n° 51, 2008, p. 223-36.

SENECHAL C., LANGEVIN J., « Les accommodements au bénéfice des personnes handicapées en droit québécois », *RDLF*, chron. n° 57, 2020.

SERENO S., « La lutte contre les discriminations dans l'accès à l'emploi en quête de sens », *DS*, n° 5, 2020, p. 409-15.

SLAMA S. :

- « Ressenti d'appartenance ethnique : l'obstacle constitutionnel » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 193-202.

- FOEGLE J. –F. (dir.), « Dossier thématique n° 1 : Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme », *LRDH*, n° 10, 2016.

- « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *LRDH*, n° 9, 2016.

SOBCZAK A., « L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application », *JCP E*, n° 14, 2003, p. 598-604.

SOLAND D., BARNIER G., « Le décret numéro 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics », *Contrats et Marchés publics*, n° 5, 2016, p.17-26.

SOUVIGNET X., « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, n° 2, 2013, p. 315-25.

SUPIOT A., « L'idée de justice sociale » *in* BURGORGUE-LARSEN L., *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, Cahiers européens, n° 4, 2013, p. 5-32.

SWEENEY M. :

- « La définition jurisprudentielle des motifs discriminatoires » *in* DDD, *Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, 2018, p. 54-68.
- « Les critères discriminatoires - Vision du travailliste », *DS*, n° 4, 2020, p. 293-7.

SZUREK S., « La République française et le droit des minorités-Le point de vue de l'internationaliste », *RGDIP*, n° 3, 2014, p. 595-614.

TAILLEFAIT A., « La loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté : "impression, soleil couchant" », *AJFP*, n° 4, 2017, p. 195-8.

TESTARD C., « Les lignes directrices de gestion : une souplesse éprouvée par le droit de la fonction publique », *AJDA*, n° 18, 2021, p. 1021-5.

THARAUD D. :

- « Etude critique du motif de discrimination résultant de la vulnérabilité économique », *RDLF*, chron. n° 5, 2017.
- « Pour une réforme des motifs de discrimination, et peut-être un peu plus… », *RGD*, n° 30226, 2019.

THIBIERGE C. :

- « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, n° 4, 2003, p. 599-628.

- « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, t. 51, 2008, p. 341-371.
- « Rapport de synthèse » *in* BARTHEZ A. S., CHANTEPIE G., DEUMIER P., JUBAULT C., LASSERRE- KIESOW V., MEKKI M., PERES C., THIBIERGE C., *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 142-61.
- *La garantie normative : exploration d'une notion*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & martin, 2021.

THIEBART P., DAVID D., « La discrimination au travail : ce qui change », *JCP S*, n° 10, 2017, p. 21-9.

TIMSIT G. :
- « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, n° 78, 1996, p. 375-94.
- « La régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, n° 109, 2004, p. 5-11.
- « Normativité et régulation », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 84-7.
- « E= R.S 2 : Le nouveau retour de l'État ? Réflexions sur l'expérience française », *RISA*, n° 4, 2006, p. 605-22.

TOMADINI A., « L'évaluation de l'impact du reporting environnemental sur le droit à l'information », *RLDA*, n° 84, 2013, p. 79-82.

TORRES C., « La mesure de la diversité sociale au sein des entreprises et la protection des données personnelles : une question sensible », *LGP*, n° 298-9, 2008, p. 26-8.

TREBULLE F. – G. :
- « L'environnement en droit des affaires » *in* ANTAKI N., BEGUIN J., BOULOC B. (dir.), *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1035-59.
- « Libres propos sur l'entreprise dans la gouvernance mondiale » *in* LE FLANCHEC A., UZAN O., DOUCIN M., *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 257-71.
- « Entreprise et développement durable (2e partie). Responsabilité sociale des entreprises », *Environnement*, n° 12, chron. n° 6, 2013, p. 27-33.

TULKENS F., VAN DROOGHENBROECK S., KRENC F., « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode » *in* HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M. , *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, vol. 1, 2012, p. 381-431.

URBAIN-PARLEANI I., « La publication de la politique de diversification des conseils d'administration et de surveillance et la gestion des risques non financiers », *RdS*, n° 7-8, 2013, p. 395-6.

VALETTE M., VALLENS M., « Vers l'obligation de reclasser une salariée portant le voile ? », *SSL*, n° 1762, 2017, p. 10-2.

VERDUN F., VERNIOLE DAVET S., « Obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *JCP E*, n° 25, 2012, p 17-21.

VERKINDT P. –Y. :
- « L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale », *SSL*, n° 1287, 2006, p. 6-9.
- « L'égalité au risque de la diversité », *ARSP*, n° 51, 2008, p. 141-57.

VRIELINK J., « Le droit de l'égalité fait-il la différence ? Les effets du droit antidiscriminatoire à la lumière des recherches en sciences sociales » *in* RINGELHEIM J., HERMAN G., REA A. (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, p. 51-66.

WILLMANN C. :
- « Définir la "race" et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise », *DS*, n° 9-10, 2007, p. 936-50.
- « Discriminations ethniques et raciales en entreprise et "invisibilité statistique" » *in* COURBE P., DEMEESTER M. – L., JOURDAIN P., JUBAULT C., PUIGELIER C. (coord.), *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2007, p. 1042-4.

WILSON C., « L'apprentissage dans la fonction publique territoriale », *AJCT*, n° 4, 2018, p. 199-202.

WOEHRLING J., « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 43, 1998, p. 347-57.

ZARCA A., « Représentation et représentativité dans les organes de participation de la fonction publique » *in* BUI-XUAN O. (dir.), *Représentation et représentativité dans les institutions*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 157-67.

ZARCA J. –C., « Le projet de loi Avenir professionnel et la fonction publique », *LPA*, n° 174-5, 2018, p. 8-11.

ZEVOUNOU L. (dir.), « Race et droit », *LRDH*, n° 19, 2021.

2 – Autres disciplines

ADAMS R. B., FERREIRA D., « Women in the boardroom and their impact on governance and performance », *Journal of Financial Economics*, n° 2, 2009, p. 291-309.

ALAKTIFF J., DOYTCHEVA M. « Normation de la diversité en entreprise. Qu'en est-il des discriminations ethno-raciales ? », *Gestion de la diversité*, 2018.

ALBA R., DENTON N., « Les données raciales et ethniques aux États-Unis : entre connaissance scientifique et politique des identités », *RFS*, n° 1, 2008, p. 141-51.

AL-DOURI T., « Sous l'universalisme, les discriminations indirectes », *Contretemps*, 1er mai 2013.

ALIS D., FESSER M., « Diversité : de l'obligation à l'opportunité pour l'entreprise » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *Tous différents. Gérer la diversité dans l'entreprise*, Paris, Édition d'organisation, 2006, p. 121-33.

ALIS D., FESSER-BLAESS M., « L'évaluation des politiques de diversité » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 169-80.

ALLOUCH A. :

- BUISSON-FENET H., « Diversification des élites et repositionnement organisationnel. Le cas des politiques d'ouverture sociale en France, et d'*outreach* en Angleterre », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n° 7, 2008, p. 155-71.
- VAN ZANTEN A., « Formateurs ou "grands frères" ? Les tuteurs des programmes d'ouverture sociale des Grandes Écoles et des classes préparatoires », *Éducation et sociétés*, n° 21, 2008, p. 49-65.

AMADIEU J. –F., « Subjectivité et objectivité dans la mesure des discriminations » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 177-8.

AMINTAS A., JUNTER A., « L'égalité prise au piège de la rhétorique managériale », *Cahiers du Genre*, 2009, n° 47, p. 119-20.

ARMAGNAGUE-ROUCHER M., BRUNEAUD J. –F., « Introduction. Populations minorisées et justice scolaire : quelques enjeux pour les populations migrantes ? », *Les cahiers de la LCD*, n° 2, 2016, p. 13-24.

ASHCRAFT K. L., « The Glass Slipper: "Incorporating" Occupational Identity in Management Studies », *Academy of Management Review*, n° 1, 2013, p. 6-31.

ASSOCIATION POUR L'EMPLOI DES CADRES, « Représentations et pratiques de diversité dans les entreprises », *Les études de l'emploi cadre*, n° 82, 2015, p. 1-12.

ATTALI C., « La gestion de la diversité au sein des organisations », *Centre de Ressources en Économie-Gestion*, Académie de Versailles, 2013.

AVANZA M., « Qui représentent les élus de la "diversité" ? Croyances partisanes et points de vue de "divers" », *RFSP*, n° 4, 2010, p. 745-67.

BAGENSTOS S., « The structural turn and the limits of antidiscrimination law », *California Law Review*, n° 1, 2006, p. 1-47.

BARADJI E., IDMACHICHE S., SCHREIBER A., « Les descendants d'immigrés dans la fonction publique », *Insee références*, 2012, p. 77-94.

BARTH I. :

- « Enjeux et limites du management de la diversité dans le cadre des forces de vente » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 153-74.
- « La face cachée du management de la diversité » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 273-91.
- FALCOZ C., « Introduction » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 9-28.

BARTOLI A., « Introduction », *RFAP*, n° 166, 2018, p. 239-44.

BEAL V., EPSTEIN R., PINSON G., « La circulation croisée. Modèles, labels et bonnes pratiques dans les rapports centre-périphérie », *Gouvernement et action publique,* n° 3, 2015, p. 103-27.

BECKER G., « Crime and Punishment : An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, n° 76, 1968, p. 169-217.

BELLO P., ROUZAUD V., SANCHEZ C., « La notation des politiques de diversité » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 383-8.

BENDER A. –F. :

- « L'approche diversité dans les pays anglo-saxons » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 215-32.
- PIGEYRE F., « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 83-100.

BENFORD R., SNOW D., « Framing Processes and Social Movements : An Overview and Assessment », *Annual Review of Sociology*, n° 26, 2000, p. 611-39.

BERENI L. :

- LEPINARD E., « Les femmes ne sont pas une catégorie : les stratégies de légitimation de la parité en France », *RFSP*, n° 1, 2004, p. 71-98.
- « "Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise". La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 87-105.
- JAUNAIT A., « "Usages de la diversité" », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 5-9.
- CHAPPE V. -A., « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, 2011, p. 7-34.
- « Le discours de la diversité en entreprise : genèse et appropriations », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 9-19.

- « La diversité en discours et en pratiques. À propos de : Ellen Berrey, The Enigma of Diversity : The Language of Race and the Limits of Racial Justice, Chicago », *La vie des idées*, 22 janvier 2016.
- PRUD'HOMME D., « Servir l'entreprise ou la changer ? Les responsables diversité entre gestion, critique et performance de la vertu », *RFS*, n° 2, 2019, p. 175-200.
- EPSTEIN R., TORRES M., « Colour-blind diversity: how the "Diversity Label" reshaped antidiscrimination policies in three French local governments », *Ethnic and Racial Studies*, n° 43, 2020, p.1942-60.
- « La diversité, ruse ou dévoiement de l'égalité ? », *L'Observatoire*, n° 56, 2020, p. 30-2.
- NOUS C., « La valeur professionnelle de l'identité. Racialisation, genre et légitimité managériale à New York et à Paris », *Sociétés contemporaines*, n° 117, 2020, p. 99-126.

BERGER-DOUCE S. :
- « La diversité en PME : une philosophie managériale au service de la performance ? », *Management & Avenir*, n° 29, 2009, p. 258-74.
- « Les PME, ces oubliées du management de la diversité ? » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 212-29.

BERGERON H., CASTEL P., DUBUISSON-QUELLIER S., « Gouverner par les labels : Une comparaison des politiques de l'obésité et de la consommation durable », *Gouvernement et action publique*, n° 3, 2014, p. 7-31.

BERNARD P., CREPIN A., GEOFFROY T., MERILLOU D., « Le Label diversité » *in* PERETTI J. – M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 155-60.

BERNARDOT M., DOYTCHEVA M., « Introduction », *Revue Asylon(s)*, n° 8, 2010.

BESSEYRE DES HORTS C. H., VIVIEN P., « Les attentes des parties prenantes » *in* PERETTI J. – M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 117-24.

BIGORGNE L., « De la nécessité de la sélection et de ses modalités », *Pouvoirs*, n° 161, 2017, p. 121-34.

BIRNBAUM Y., « Trajectoires scolaires des enfants d'immigrés jusqu'au baccalauréat », *Éducation et formation*, n° 100, 2019, p. 73-104.

BLUM A., GUERIN-PACE F., LE BRAS H., « L'obsession différencialiste. L'alibi de l'enquête statistique » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 127-39.

BLUMER H., RIOT L., « Les problèmes sociaux comme comportements collectifs », *Politix*, n° 67, 2004, p. 185-99.

BODIGUEL J. –L., « Pourquoi a-t-on tant besoin d'éthique ? », *Éthique de l'administration et du service public*, n° 1, 2002.

BOËNE B., « La représentativité des armées et ses enjeux. Revue de la littérature, comparaison des cas français, américain et britannique », *L'Année sociologique*, n° 2, 2011, p. 351-81.

BOGALSKA-MARTIN E., DOUTRE E., JOUBERT T., PREVERT A., « Paradoxes des actions non discriminantes engagées par les entreprises et les collectivités territoriales », *Vie sociale*, n° 4, 2006, p. 37-56.

BOPDA A., « Les "statistiques ethniques" ou la science et les scientifiques victimes d'une conjecture du mouton du Petit Prince » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 49-57.

BORRAZ O., « Les normes. Instruments dépolitisés de l'action publique » *in* LASCOUMES P., LE GALES P. (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 123-63.

BOUCHAREB R., « L'action syndicale face aux discriminations ethno-raciales », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 69-81.

BOURDIEU P., « La représentation politique. Éléments pour une théorie du champ politique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales Année*, n° 36-7, 1981, p. 3-24.

BRASSEUR M., « Vers une gestion de la diversité des genres. Une approche par le sentiment identitaire », *Management & Avenir*, n° 28, 2009, p. 380-91.

BROHIER-MEUTER J., D'HUMIERES P., « L'état des politiques publiques de RSE dans le monde : panorama et tendances de l'incitation publique à la RSE », *Les études de veille de l'IRSE*, n° 2, 2011, p. 2-23.

BRUNA M. G. :

- « Diversité dans l'entreprise : d'impératif éthique à levier de créativité », *Management & Avenir*, n° 43, 2011, p. 203-26.
- « Le portage d'une politique diversité comme processus de changement organisationnel : phénoménologie et jeux d'acteurs », *Question(s) de management*, n° 3, 2013, p. 29-30.
- « L'heptagone de la diversité: dynamiques stratégiques et jeux d'acteurs dans la conduite d'une politique de diversité », *Management & Sciences Sociales*, n° 17, 2014, p. 69-86.
- BENDER A. –F., YANAT Z., « Faire éclore la diversité dans le Supérieur : questionnements épistémologiques, défis organisationnels et enjeux pédagogiques », *Management & Sciences Sociales*, n° 21, 2016, p. 24-47.
- « Dynamique de changement, exercice de la réflexivité et apprentissage managérial dans la conduite d'une démarche transformationnelle de diversité », *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 281-2, 2016, p. 121-36.

- CHANLAT J. –F., « La conduite d'une politique de diversité comme processus de légitimation organisationnelle. Cadrage théorique et exemples empiriques », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 1, 2017, p. 205-45.
- FRIMOUSSE S., GIRAUD L., « Comment apprécier l'impact transformationnel d'une politique de diversité en entreprise ? Contribution liminaire à un agenda de recherche », *Management & Avenir*, n° 96, 2017, p. 39-71.
- MONTARGOT N., PERETTI J. –M., « Point de vue : les nouveaux chantiers du management de la diversité. Quelques pistes de réflexion et de recherche », *Gestion 2000*, n° 5-6, 2017, p. 433-62.
- YANAT Z., TCHANKAM J. –P., « Justice organisationnelle et politiques de diversité : une esquisse de réflexion managériale sous le prisme lévinassien », *Question(s) de management*, n° 22, 2018, p. 83-99.

BRUNEEL E., « Quand montrer c'est ne pas dire : analyse sémiotique comparée de deux campagnes gouvernementales de sensibilisation aux préjugés », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 77-97.

BUCHTER L., « Repolitiser la diversité ? Une étude des répertoires d'endogénéisation militante des lois antidiscriminatoires », *SociologieS*, 2019.

BUISSON-FENET H. :
- LANDRIER S., « Être ou pas ? Discrimination positive et révélation du rapport au savoir. Le cas d'une "prépa ZEP" de province », *Éducation et sociétés*, n° 21, 2008, p. 67-80.
- DRAELANTS H., « Réputation, mimétisme et concurrence : ce que "l'ouverture sociale" fait aux grandes écoles », *Sociologies pratiques*, n° 21, 2010, p. 67-81.

BUYSSENS E., BEN ABDELJELIL Y., HUBERT A. et *al.*, « La diversité, une idée à la mode » (dossier), *Politique. Revue de débats*, n° 56, 2008.

CALLENS F., « Seule la lutte contre les discriminations peut rétablir l'égalité en droit de tous les individus sur tous les territoires », *Les cahiers de la LCD*, n° 1, 2016, p. 91-100.

CAPRON M., « Le concept de redevabilité au cœur de la relation entreprises-société », Saint-Etienne, Colloque du réseau International de Recherche sur les Organisations et le Développement durable, 6 au 8 juillet 2016.

CARADEC V., LEFRANÇOIS C., POLI A., « Quand la discrimination et la diversité se déclinent selon l'âge : émergence, appropriations, ambivalences », *Cahiers internationaux de sociologie*, n° 127, 2009, p. 223-45.

CEDIEY E. :
- « Comment l'*affirmative action* vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, n° 17, 2002, p. 145-58.
- « Questions sur la mesure : que mesure-t-on ? Pour quoi ? Comment ? » *in* E. CEDIEY (dir.), *La mesure des discriminations liées à l'origine : Statistiques et testing présentés lors du colloque du 22 octobre 2007 à Lyon*, ISM-Corum, Lyon, 2007, p. 11-4.

CERRATO DEBENEDETTI M. –C. :

- « Les projets EQUAL, retour sur une expérimentation : la construction de la lutte contre les discriminations ethno-raciales “à la française” » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, F. HERAN et *al.* (dir.), *Discriminations : état de la recherche*, Marne-la-Vallée, Colloque de l’ARDIS, 13 décembre 2013, p. 1-17.
- « Une politique esquivée : la lutte contre les discriminations ethnoraciales », *Migrations sociétés*, n° 155, 2014, p. 153-64.

CHALLE L., CHAREYRON S., L’HORTY Y., PETIT P., « Discrimination dans le recrutement des grandes entreprises : une approche multicanal », *TEPP*, n° 2020-01, 2020, p. 1-36.

CHAPPE V. –A., « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 45-55.

CHARPENEL M., DEMILLY H., POCHIC S., « Égalité négociée, égalité standardisée ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 37, 2017, p. 143-7.

CHUPIN I., SOUBIRON A., TASSETT C., « Entre social et ethnique. Les dispositifs d’ouverture à la “diversité” dans les écoles de journalisme en France », *Terrains & travaux*, n° 29, 2016, p. 217-36.

CINTAS C., VATTEVILLE E., « La GRH confrontée à la diversité », *Économie et sociétés. Série KC, Etudes critiques en management*, 2012, p. 19-20.

COMBEMALE M., MEHAIGNERIE L., « Intégrer les enjeux de la diversité dans les politiques d’achat responsable » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L’encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 89-96.

COQUARD O., « De l’ouverture sociale à Henri IV. Retour sur l’expérience de la Classe Préparatoire à l’Enseignement Supérieur », *La Vie des idées*, 14 septembre 2010.

CORNET A. :

- DELHAYE C., « Gestion de la Diversité : un enjeu stratégique ? », Montreal, XVI^{ème} conférence de l’AIMS, 2007, p. 1-22.
- « Le genre et la diversité : les enjeux de l’intersectionnalité et de la transversalité » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l’emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 47-63.
- GAVAND A., « Le diagnostic : une étape importante et complexe » *in* PERETTI J. –M., *L’encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 181-90.

CORON C., PIGEYRE F., « L’appropriation des politiques d’égalité professionnelle par les acteurs : éléments de contexte et de conditions », *Management international*, n° 1, 2019, p. 127-39.

CORTESERO R., KERBOURC'H S., MELO D., A. Poli, « Recruteurs sous tensions. Discrimination et diversité au prisme de registres argumentaires enchevêtrés et malléables », *Sociologie du travail*, n° 4, 2013, p. 431-53.

DE BEAUFORT V., MORALI V., « Les réseaux féminins » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 263-7.

DE RUDDER V., POIRET C., VOURC'H F., « Les discriminations racistes sont-elles solubles dans le modèle républicain ? » *in* DE RUDDER V., POIRET C., VOURC'H F., *L'inégalité raciste. L'université républicaine à l'épreuve*, Paris, PUF, 2000, p. 5-24.

DE RUDDER V., VOURC'H F. :

- « Les discriminations racistes dans le monde du travail » *in* FASSIN D., FASSIN E. (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 175-94.
- « Évanescente diversité » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 167-73.

DELROISSE S., HERMAN G., YZERBYT V., « La justification au cœur de la discrimination : vers une articulation des processus motivationnels et cognitifs », *Revue internationale de psychologie sociale*, n° 2, 2012, p. 73-96.

DESCHAMPS E., « Approche critique et juridique des normes relatives à la mixité sociale », *Informations sociales*, 2005, n° 125, p. 48-61.

DESROSIERES A., « Enquêtes versus registres administratifs : réflexions sur la dualité des sources statistiques », *Courrier des statistiques*, n° 111, 2004.

DHUME F. :

- « De la discrimination du marché au marché de la discrimination. Les fausses évidences de la "lutte contre les discriminations" », *Mouvements*, n° 49, 2007, p. 128-36.
- « Petit lexique historique et points d'ancrage problématiques. Racisme, diversité, ethnicité, intégration, discrimination… », *Diversité Ville École Intégration*, HS 2009, p. 11-22.
- « L'émergence d'une figure obsessionnelle : comment le "communautarisme" a envahi les discours médiatico-politiques français », *Revue Asylon(s)*, n° 8, 2010.

DIF-PRADALIER M., « Changer la donne ou donner le change ? Enjeux et usages d'un groupement d'employeurs d'insertion et de qualification pour la grande entreprise », *Les cahiers de la LCD*, n° 10, 2019, p. 43-58.

DION P., « Lutter contre les discriminations : séminaire national 7 octobre 2009 », *Bulletin de diversité : ville école intégration*, HS n° 11, 2009, p. 7-8.

DIRECTION DE L'ANIMATION DE LA RECHERCHE, DES ETUDES ET DES STATISTIQUES, « Discrimination à l'embauche selon "l'origine": que nous apprend le testing auprès de grandes entreprises ? », *DARES analyses*, n° 76, 2016.

DIRECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, « Les nouveaux apprentis dans la fonction publique en 2017 », *Stats rapides*, n° 39, 2018.

DJABI A., SAVIGNAC S., « Obtenir et renouveler le label diversité » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 449-58.

DOBBIN F., « Les sciences sociales façonnent-elles les pratiques de lutte contre les discriminations des entreprises ? Une comparaison des cas états-unien et français », *Terrains & travaux*, n° 29, 2016, p. 131-72.

DOYTCHEVA M. :

- « Réinterprétations et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 107-23.
- « Usages français de la notion de diversité : permanence et actualités d'un débat », *Sociologie*, n° 4, 2010, p. 423-38.
- « Intermédiaires et "opérateurs de la diversité" dans les politiques des entreprises », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 57-68.
- « "Des entreprises aux couleurs de la France ?". Émergence et usages français des politiques de la diversité au travail » *in* COHEN J. (dir.), *L'Atlantique multiracial. Discours, politiques, dénis*, Paris, Karthala, 2012, p. 205-28.
- « Usages et mésusages des catégories territoriales : les risques d'un retournement idéologique des causalités », *Les cahiers de la LCD*, n° 1, 2016, p. 58-74.
- « Aux limites de la diversité, la religion : un angle mort des politiques de lutte contre les discriminations », *Confluences Méditerranée*, n° 106, 2018, p. 109-20.
- « Diversité et lutte contre les discriminations au travail. Catégorisations et usages du droit », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 13-35.
- « Diversité et "super-diversité" dans les arènes académiques : pour une approche critique », *Sociétés Plurielles*, n° 2, 2018.
- « La diversité normalisée à la française : définitions et rapport au droit », *LRDH*, n° 14, 2018.
- « Âge et ethnicité dans les politiques de diversité : quelle intersectionnalité ? », *Agora débats/jeunesses*, n° 85, 2020, p. 105-21.

DRUEZ E., « Réussite, racisme et discrimination scolaires : l'expérience des diplômé·e·s d'origine subsaharienne en France », *Terrains et travaux*, 2016, n° 2, 2016, p. 21-41.

DUFLOS J., HIDRI NEYS O., « Entre perceptions accrues et recours marginaux : le paradoxe des discriminations selon l'apparence physique à l'embauche », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 99-117.

DUMEZ H., « Qu'est-ce qu'un concept ? », *Le Libellio d'AEGIS*, n° 1, suppl., 2011, p. 67-79.

DURU-BELLAT M. :
- « La discrimination positive et l'égalité des chances », *La vie des idées*, 2011.
- « La diversité : esquisse de critique sociologique », *Notes & Documents*, n° 2011-03, 2011, p. 1-12.

DUTRAIVE V., FOREST V., « Égalité professionnelle homme/femme : entre impulsion législative et pratiques de RSE » *in* CAZAL D., CHAVY F., POSTEL N., SOBEL R., *La responsabilité sociale de l'entreprise : nouvelle régulation du capitalisme ?*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2011, p. 221-32.

EBERHARD M., « Habitus républicain et traitement de la discrimination raciste en France », *Regards sociologiques*, n° 39, 2010, p. 71-83.

EBERHARD M., SIMON P., *Expériences et perceptions des discriminations en Ile-de-France*, ORDIS, ARDIS, 2016, p. 9-11.

EDELMAN L. B. :
- SUCHMAN M., « When the "Haves" Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law », *Law & Society Review*, n° 4, 1999, p. 941-91.
- UGGEN C., ERLANGER H. S., « The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth », *American Journal of Sociology*, 1999, n° 105, p. 406-54.
- FULLER S. R., MARA-DRITA I., « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *American Journal of Sociology*, n° 6, 2001, p. 1589-641.

EL ABBOUBI M., JANSSENS I., VAN CUTSEM L., « La diversité des parties prenantes en gestion de la diversité » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 97-104.

EMERIAU M., « Learning to be Unbiased: Evidence from the French Asylum Office », 2020, p. 1-54.

EURIAT M., THELOT C., « Le recrutement de l'élite scolaire en France. Évolution des inégalités de 1950 à 1990 », *RFS*, n° 3, 1995, p. 403-38.

FALCOZ C. :
- « Les discriminations oubliées : le cas de l'orientation sexuelle » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 91-107.
- BECUWE A., « La gestion des minorités discréditables : le cas de l'orientation sexuelle », *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, p. 69-89.
- « Égalité, discrimination, diversité & GRH. Une thématique transversale enrichissant la recherche en comportement organisationnel », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 54, 2016, p. 139-52.

FASSIN D. :
- « L'invention française de la discrimination », *RFSP*, n° 4, 2002, p. 403-23.
- « Nommer, interpréter. Le sens commun de la question raciale » *in* FASSIN D., FASSIN E. (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 17-36.
- « Les couleurs de la représentation. Introduction », *RFSP*, n° 4, 2010, p. 655-62.

FELOUZIS G., « La ségrégation ethnique au collège et ses conséquences », *RFS*, n° 3, 2003, p. 413-47.

FLAMANT A., « L'incomplète construction des politiques municipales de lutte contre les discriminations raciales. Enquête dans les villes de Lyon, Nantes et Strasbourg (2001-2012) », *RIPC*, n° 3, 2017, p. 257-92.

FLÜCKIGER A., « Pourquoi respectons-nous la soft law ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 144, 2009, p. 73-103.

FOGELBERG T., « La *Global Reporting Initiative*, un cadre global pour un reporting durable » *in* LE FLANCHEC A., UZAN O., DOUCIN M., *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 97-101.

FORONI F., RUAULT M., VALAT E., « Discrimination à l'embauche selon "l'origine" : que nous apprend le *testing* auprès de grandes entreprises ? », *Dares Analyses*, n° 76, 2016.

FRAY A. M., RICHEFORT G., « La diversité en management public : le cas des collectivités territoriales » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 441-8.

GALIA F., ZENOU E., « La diversité du conseil d'administration influence-t-elle l'innovation ? L'impact de la diversité de genre et d'âge sur les différents types d'innovation », *Management & Avenir*, n° 8, 2013, p. 152-81.

GARNER H., RECOULES M. :
- « Quelle est la place du genre dans les accords sur la diversité ? » *in* ASSOCIATION FRANCOPHONE DE GESTION DES RESSOURCES HUMAINES, *Genre et Diversité en Gestion*, Paris, Colloque de l'AFRH, 15 janvier 2009, p. 1-15.
- *Égalité, diversité, discrimination. Études de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, DARES, n° 182, 2014.

GASMI N., GROLLEAU G., « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants », *Revue française de gestion*, n° 157, 2005, p. 115-36.

GAUTIER F., « Une police "à l'image de la population" ? La question de la "diversité" et le recrutement dans la police nationale », *Migrations Société*, n° 169, 2017, p. 39-52.

GAUTIER G., « L'accès des femmes aux mandats électifs » *in* DEBARD T., ROBBE F. (dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 249-53.

GAZIER B. « L'employabilité : brève radiographie d'un concept en mutation », *Sociologie du Travail*, nº 4, 1990, p. 575-84.

GEISSER V., « Minorités visibles versus majorité invisible : promotion de la diversité ou de la diversion ? », *Migrations Société*, nº 111-2, 2007, p. 5-15.

GILLET-MONJARRET C., « L'étude de la pratique de vérification sociétale dans le contexte français de la loi Grenelle 2 », *Revue de l'organisation responsable*, nº 1, 2014, p. 25-38.

GIRAUD M. , « "Diversité". Le piège des mots, la dérive des idées » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 69-77.

GIRAUDO BAUJEU G. :

- « Une entreprise de travail temporaire en lutte contre les discriminations. De la position publique et institutionnelle à la réalité du terrain » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 231-46.
- « Lutter contre les discriminations ou promouvoir la diversité ? », *Les cahiers de la LCD*, nº 1, 2016, p. 101-23.
- « Discriminations "acceptables" et racisme "inavouable" dans le travail intérimaire », *Les cahiers de la LCD*, nº 10, 2019, p. 59-71.

GLAYMANN D., « L'épreuve de l'accès à l'emploi. Les jeunes stigmatisés par le fonctionnement de l'emploi et les politiques publiques d'insertion », *Agora débats/jeunesses*, nº 85, 2020, p. 74-88.

GREENAN N., LANFRANCHI J., L'HORTY Y., PIERNE G., « L'analyse des données de concours au regard des discriminations à l'entrée dans la fonction publique d'État », *Centre d'études de l'emploi et du travail*, nº 198, 2019, p. 1-35.

GREENE V., COLEMAN SELDEN S., « Measuring Power and Presence : Bureaucratic Representation in the American States », *Journal of Public Administration Research and Theory*, nº 3, 2001, p. 379-402.

GROENEVELD S., VAN DE WALLE S., « Une théorie contingente en matière de bureaucratie représentative : pouvoir, égalité des chances et diversité », *RISA*, nº 2, 2010, p. 263-4.

GUERFEL-HENDAG S. :

- BROUSSILLON-MATSCHINGA G–A., FRIMOUSSE S., FRIMOUSSE S., PER J. –M., « Audits des diversités » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 191-200.
- BROUSSILLON G. –A., « Évaluation et mesure des politiques de diversité culturelle », *Management & Avenir*, nº 43, 2011, p. 239-52.

GUIRAUDON V. :
- « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive "race" », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 11-32.
- « L'expérience de l'ethnic monitoring aux Pays-Bas. Recensement interne des origines des salariés par le lieu de naissance de leurs parents et objectif de rééquilibrage de leurs proportions dans le cadre de la loi Samen, 1998-2003 » *in* E. CEDIEY (dir.), *La mesure des discriminations liées à l'origine : Statistiques et testing présentés lors du colloque du 22 octobre 2007 à Lyon*, ISM-Corum, Lyon, 2007, p. 93-7.
- « La diversité en Europe : une évidence ? », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 67-85.

HAAS A., SHIMADA S., « (Re) définir la diversité : de la représentativité à la gestion de l'altérité », *Cahier de recherche*, Chaire management et diversité de la Fondation Paris-Dauphine, n° 1, 2010, p. 1-18.

HACHE E., « La responsabilité, une technique de gouvernementabilité néolibérale », *Raisons politiques*, n° 28, 2007, p. 49-65.

HALL P. A., « Policy Paradigms, Social Learning, and the State : The Case of Economic Policymaking in Britain », *Comparative Politics*, n° 3, 1993, p. 275-96.

HALLE L., L'HORTY Y., PETIT P., WOLF F. C., « Les discriminations dans l'accès à l'emploi privé et public : les effets de l'origine, de l'adresse, du sexe et de l'orientation sexuelle », *TEPP*, n° 2018-05, 2018, p. 1-33.

HAMEL C., « L'enquête européenne TIES : *The Integration of European Second Generation* – Méthode d'échantillonnage : patronymes et screening téléphonique » *in* E. CEDIEY E. CEDIEY (dir.), *La mesure des discriminations liées à l'origine : Statistiques et testing présentés lors du colloque du 22 octobre 2007 à Lyon*, ISM-Corum, Lyon, 2007, p. 39-45.

HARRINGTON W., « Enforcement leverage when penalties are restricted », *Journal of Public Economics*, n° 1, 1988, p. 29-53.

HAYAT S. :
- « La représentation inclusive », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 115-35.
- PENEAU C., SINTOMER Y. (dir.), « La représentation-incarnation », *Raisons politiques*, n° 72 (dossier), 2018, p. 5-19.

HUËT R. :
- CANTRELLE M., « Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail », *Développement durable et territoires*, 2006.
- « Les chartes sociales dans les organisations » *in* DE LA BROISSE P., LAMARCHE T. (dir.), *Responsabilité sociale : vers une nouvelle communication des entreprises ?*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2006, p. 103-34.

HUR Y., « La diversité raciale : une bénédiction pour les organisations ? Analyse de ses conséquences organisationnelles dans les services de police municipaux », *RISA*, n° 1, 2013, p. 155-70.

IGALENS J. :
- « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, n° 5, 2004, p. 151-66.
- « La norme ISO 26000 : vers une gouvernance mondiale par les normes ? » *in* LE FLANCHEC A., UZAN O., DOUCIN M., *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 89-96.

INGLIS C., « Multiculturalism : New policy Responses to Diversity », *Management of Social Transformations*, n° 4, 1996.

JACQUEMART A., LE MANCQ F., POCHIC S., « Femmes hautes fonctionnaires en France, l'avènement d'une égalité élitiste ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 35, 2016, p. 27-45.

JACQUOT S., « L'Union européenne et l'émergence de la 'diversité' : évolution de l'action publique communautaire en matière de lutte contre les discriminations » *in* AFSP, *États démocratiques et reconnaissance de la « diversité ». Analyse comparée du renouvellement du pluralisme politique*, Toulouse, AFSP, 2007, p. 9-10.

JAUME L., « La représentation : une fonction malmenée », *Pouvoirs*, n° 120, 2007, p. 5-16.

JAUNAIT A., CHAUVIN S., « Représenter l'intersection. Les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *RFSP*, 2012, n° 62, p. 5-20.

JEZEQUEL M., « L'obligation d'accommodement : un outil juridique et une mesure d'intégration », *Éthique publique*, n° 1, 2006.

JOBARD F., NEVANEN S., « La couleur du jugement : Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *RFS*, n° 2, 2007, p. 243-72.

JOHNSTON K., HOUSTON J., « La bureaucratie représentative : la présence de femmes aux postes d'encadrement dans la police a-t-elle une influence sur le nombre d'arrestations pour cause de violence sexiste ? », *RISA*, n° 1, 2018, p. 5-24.

JOUNIN N., « L'ethnicisation en chantiers. Reconstructions des statuts par l'ethnique en milieu de travail », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, n° 3, 2004, p. 103-26.

JUGNOT S., « Peut-on promouvoir les statistiques ethniques sans référentiel et sans impliquer la statistique publique, notamment le recensement ? » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 107-18.

JUNTER A. SENAC R., « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010, p. 167-95.

JUNTER A. :
- SENAC-SLAWINSKI R., « La diversité : sans droit ni obligation », *Revue de l'OFCE*, n° 114, 2010, p. 167-95.

- SENAC-SLAWINSKI R., « Chapitre 8. La diversité : sans droit ni obligation » *in* MILEWSKI F., PERIVIER H. (dir.), *Les discriminations entre les femmes et les hommes*, Paris, PFNSP, 2011, p. 199-231.

KABA-LANGLOIS I. (dir.), « L'état de l'enseignement supérieur et de la recherche en France », *MESR*, n° 10, 2017, p. 1-132.

KALEV A., DOBBIN F., KELLY E., « Best Practices or Best Guesses? Assessing the Efficacy of Corporate Affirmative Action and Diversity Policies ». *American Sociological Review*, n° 71, 2006, p. 589-617.

KANG H., CHENG M., GRAY M., « Corporate Governance and Board Composition: diversity and independence of Australian boards », *Corporate Governance: An International Review*, n° 2, p. 194-207.

KANG J., « Negative Action Against Asian Americains », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n° 1, 1996, p. 1-48.

KARVAR A., LAGRANGE H., LAURENCE J., OZWALD R., SCHMID L., SENGHOR R., *Wihtol de Wenden* C., « Mesurer les discriminations et promouvoir la diversité : quels outils pour quelles finalités ? Réponses à Yazid Sabeg », *Esprit*, n° 5, 2009, p. 59-60.

KATEB K., « La statistique coloniale en Algérie (1830-1962) », *Courrier des statistiques*, n° 112, 2004, p. 3-17.

KEISER L. R., WILKINS V. M., MEIER K. J., HOLLAND C. A., « Lipstick and Logarithms : Gender, Institutional Context, and Representative Bureaucracy », *American Political Science Review*, n° 3, 2002, p. 553-64.

KELLOUGH J. E., NAFF K. C., « Responding to a Wake-up Call: An Examination of Federal Agency Diversity Management Programs », *Administration Society*, n° 1, 2004, p. 62-90.

KELLY E., DOBBIN F., « How Affirmative Action became Diversity Management », *American Behavioural Scientist*, n° 7, 1998, p. 960-85.

KIM C. –K., « Representation and Policy Outputs : examining the linkage between passive and active representation », *Public Personnel Management*, n° 4, 2003, p. 549-59.

KIRBY T. A., KAISER C. R, MAJOR B., « Insidious Procedures: Diversity Awards Legitimize Unfair Organizational Practices », *Social Justice Research*, n° 2, 2015, p. 168-86.

KONRAD A., LINNEHAN F., « Formalized HRM structures : coordinating equal employment opportunity or concealing organizational practices ? », *Academy of Management Journal*, n° 3, 1995, p. 787-820.

KRIEGER L. H., BEST R. K.., EDELMAN L. B., « When "Best Practices" Win, Employees Lose: Symbolic Compliance and Judicial Inference in Federal Equal Employment Opportunity Cases », *Law & Social Inquiry*, n° 4, 2015, p. 843-79.

LAACHER S., « La notion de “diversité”, ou comment dépolitiser le politique » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d’Aigues, Éd. de l’Aube, CARSED, 2009, p. 203-12.

LANDRIER S., NAKHILI N., « Comment l’orientation contribue aux inégalités de parcours scolaires en France », *RFS*, n° 109, 2010, p. 23-36.

LANDRIEUX-KARTOCHIAN S., « Femmes aux commandes, entreprises performantes ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 23, 2010, p. 171-9.

LANQUETIN M. –T., « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, n° 21 2009, p. 91-106.

LAPIN J., « Performance et fonction publique de l’État : les récentes réformes », *RFAP*, n° 131, 2009, p. 601-14.

LARAT F. :

- « Le dernier maillon dans la chaîne des inégalités ? Les particularités du profil des élèves de l’ÉNA », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 103-24.
- BARTOLI A., « L’action publique responsable : tautologie ou problématique émergente ? », *RFAP*, n° 166, 2018, p. 245-8.

LAUFER J. :

- « La construction du plafond de verre : le cas des femmes cadres à potentiel », *Travail et emploi*, n° 102, 2005, p. 31-44.
- « L’égalité professionnelle hommes-femmes – Une mise en perspective » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L’Harmattan, 2007, 2007, p. 25-49.
- « L’égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, p. 29-54.

LE BRAS H., « Les classifications se suivent mais ne se ressemblent pas » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d’Aigues, Éd. de l’Aube, CARSED, 2009, p. 97-105.

LE TEXIER T., « Foucault, le pouvoir et l’entreprise : pour une théorie de la gouvernementalité managériale », *Revue de philosophie économique*, n° 2, p. 53-85.

LECLERC O., SACHS T., « Gouverner par les incitations. La diffusion d’une logique incitative dans le droit du travail », *Revue française de socio- économie*, n° 2 HS, 2015, p. 171-85.

LEMERCIER E., PALOMARES É., « Devenir éducateur/rice sous contrainte raciale. Enquête sur un secteur associatif aux frontières de la nation », *Politix*, n° 131, 2020, p. 53-81.

LEPINARD E., SIMON P., *From integration to antidiscrimination… to diversity? Antidiscrimination politics and policies in French workplaces*, Commission européenne, 2008.

LEVASHINA J., HARTWELL C. J., MORGESON F. P., CAMPION M. A., « The structured employment interview: Narrative and quantitative review of the research literature », *Personnel Psychology*, n° 1, 2014, p. 241–93.

LIM H. H., « Representative Bureaucracy : Rethinking Substantive Effects and Active Representation », *Public Administration Review*, n° 66, 2006, p. 193-204.

LOISEAU N., « Défis et enjeux de la place des femmes à l'ÉNA », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 91-101.

LUNCHI C., BUREAU NECH S., « Le Label égalité professionnelle » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 161-8.

M'BAYE L. P., « Handicap et discriminations dans l'accès à l'emploi : un testing dans les établissements culturels », *TEPP*, n° 2018-04, 2018, p. 1-23.

MACE E., « Des minorités visibles » aux néostéréotypes. Les enjeux des régimes de monstration télévisuelle des différences ethnoraciales », *Journal des anthropologues*, HS, 2007, p. 69-87.

MAGNIER J., MARCHAL C., « Homogénéité et diversité des élèves administrateurs territoriaux », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 125-39.

MAHADEO J. –D., SOOBAROYEN T., HANUMAN V., « Board Composition and Financial Performance: Uncovering the Effects of Diversity in an Emerging Economy », *Journal of Business Ethics*, n° 3, p. 375-88.

MANSBRIDGE J., « Les Noirs doivent-ils être représentés par des Noirs et les femmes par des femmes ? Un oui mesuré », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 53-77.

MARBOT E., NIVET B., « Exemple de pratique de gestion de la diversité à la française : réalité, opportunité et aliénation », *Management international*, vol. n° 17, HS, 2013, p. 50-60.

MARRY C., BERENI L., JACQUEMART A., LE MANCQ F., POCHIC S., REVILLARD A., « Le genre des administrations. La fabrication des inégalités de carrière entre hommes et femmes dans la haute fonction publique », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 45-68.

MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *RIDC*, n° 3, 2011, p. 585-608.

MAY TIMPSON A., « Élargir la notion de bureaucratie représentative. L'exemple du Nunavut », *RISA*, n° 4, 2006, p. 553-67.

MBONGO P., « Le Comité Veil. Chronique d'un échec annoncé », *La revue administrative*, n° 369, 2009, p. 253-5.

MEIER K. J. :

- BOHTE J., « Structure and Discretion: Missing Links in Representative Bureaucracy », *Journal of Public Administration Research and Theory*, n° 4, 2001, p. 455-70.

- HAWES D. P., « Le lien entre représentativité passive et active de l'administration », *RFAP*, n° 118, 2006, p. 265-79.

- NICHOLSON-CROTTY J., « Gender, Representative Bureaucracy and Law Enforcement : The Case of Sexual Assault », *Public Administration Review*, n° 6, 2006, p. 850-60.

MERON M., « Statistiques ethniques : tabous et boutades », *Travail, Genre et Société*, n° 21, 2009, p. 55-68.

MEZIANI-REMICHI Y. :
- « Les zones grises du recrutement: une analyse des pratiques de sélection des descendants de migrants dans la mairie de Pessac (France) et Nieuw West Amsterdam (Pays-Bas) », *Esprit Critique-Revue Internationale de Sociologie et de Sciences sociales*, n° 21, 2015, p.114-28.
- MAUSSEN M., « Recruitment in public administrations : diversity policies and selection practices in a French city », *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n° 10, 2017, p. 1679-95.

MICHAUD Y., « Le mérite une approche conceptuelle », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 15-21.

MOINE A., « La résurgence des interrogations relatives à la représentativité des élus lors de la campagne présidentielle de 2017 », *Civitas Europa*, n° 39, 2017 p. 181-201.

MUSSELIN C., BERENI L., KING D. S., DIDRY C., DOBBIN F., « Symposium sur Inventing Equal Opportunity de Frank Dobbin », *Sociologie du travail*, n° 2, 2011, p. 194-215.

NASCHBERGER C., GUERFEL-HENDA S., « La promotion de l'égalité des chances dans l'enseignement supérieur. Bilan d'expérience de plusieurs grandes écoles », *Management & Sciences Sociales*, n° 22, 2017, p. 153-71.

NAYRAC M. , « La question de la représentation des minorités dans les médias, ou le champ médiatique comme révélateur d'enjeux sociopolitiques contemporains », *Cahiers de l'Urmis*, n° 13, 2011.

NOËL O. :
- « Intermédiaires sociaux et entreprises : des coproducteurs de discriminations ? », *Hommes et migrations*, n° 1219, 1999, p. 5-17.
- « Lorsque la discrimination se cachait derrière l'intégration : la lente émergence des discriminations à l'embauche des jeunes issus de familles immigrées » *in* BOUCHER M. (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 395-408.
- « Injonction institutionnelle paradoxale et souffrance professionnelle : les métiers du travail social ou comment affronter la souffrance », *VEI-Diversité*, n° 137, 2004, p. 111-22.
- « Politique de diversité ou politique de diversion ? Du paradigme public de lutte contre les discriminations à sa déqualification juridique », *Revue Asylon(s)*, n° 4, 2008.

NOZARIAN N., « Les conditions d'émergence des dispositifs de démocratisation des grandes écoles : un enchevêtrement d'acteurs », *Éducation et sociétés*, n° 36, 2015, p. 51-65.

OBERTI M. :

- SANSELME F., VOISIN A., « Ce que Sciences Po fait aux lycéens et à leurs parents : entre méritocratie et perception d'inégalités. Enquête dans quatre lycées de la Seine-Saint-Denis », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 180, 2009, p. 102-24.
- « Politique "d'ouverture sociale", ségrégation et inégalités urbaines : le cas de Sciences Po en Île-de-France », *Sociologie*, n° 3, 2013, p. 269-89.
- PAVIE A., « Les paradoxes d'un programme d'ouverture sociale : les Conventions Éducation prioritaire à Sciences Po », *L'Année sociologique*, n° 2, 2020, p. 395-422.

OGIEN R., « Les "valeurs morales" contre les droits », *Raison publique*, n° 6, 2007, p. 47-59.

OIRY E., D'IRIBARNE A., « La notion de compétence : continuités et changements par rapport à la notion de qualification », *Sociologie du travail*, 2001, n° 43, p. 49-66.

OUDGHIRI R., SABBAGH D., « Des usages de la "diversité" : éléments pour une généalogie du multiculturalisme américain », *RFSP*, 1999, n° 49, p. 443-68.

PARODI M., « De la discrimination statistique à la discrimination positive : remarques sur l'indifférence probabiliste », *Revue de l'OFCE*, n° 112, 2010, p. 63-85.

PAUWELS M. –C., « Le Diversity Management, nouveau paradigme d'intégration des minorités dans l'entreprise ? », *Revue française d'études américaines*, n° 101, 2004, p. 107-22.

PELLET E., « La politique d'action positive de France Télévisions en matière de diversité et d'intégration », *Migrations société*, n° 111-2, 2007, p. 251-8.

PERETTI J. –M., SAÜT A., « Audit de la diversité », *in* PERETTI J. –M. (dir.), *Tous différents. Gérer la diversité dans l'entreprise*, Paris, Édition d'organisation, 2006, p. 279-80.

PERETZ H., LEVI A., FRIED Y., « Organizational diversity programs across cultures : effects on absenteeism, turnover, performance and innovation », *The International Journal of Human Resource Management*, 2015, n° 6, p. 875-903.

PERRIN-JOLY C., DE VAIVRE A. –M., « De l'impensé des questions de santé dans les politiques de diversité » *in* PERETTI J. –M. (dir.), *L'encyclopédie des diversités*, Colombelle, EMS Éditions, 2011, p. 358-62.

PERUGIEN S., BARTH I., « Pour la mise en œuvre d'un management de la diversité. En quoi une école peut-elle faire école ? », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 54, 2016, p. 263-294.

PEZERIL C., « Paradoxe de la lutte contre les discriminations : la question de la visibilité des personnes séropositives », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 31-44.

PHELPS E. S., « The Statistical Theory Of Racism And Sexism », *The American economic review*, n° 4, 1972, p. 659-61.

PHILIPS GRIFFITHS A., WOLLHEIM R., « How Can One Person Represent Another ? », *Aristotelian Society*, suppl. vol. n° 34, 1960, p. 187-224.

PIGEYRE F., « Les accords d'égalité professionnelle peuvent-ils prévenir la discrimination ? » *in* MERCAT-BRUNS M., (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit -Accès au droit : Action de groupe et discrimination systémique, Algorithmes et préjugés, Réseaux*, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 161-70.

PITKIN H. F., « La représentation politique », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 35-51.

PITTS D. W.:

- « Diversity, Representation, and Performance: Evidence about Race and Ethnicity in Public Organizations », *Journal of Public Administration Research and Theory*, n° 4, 2005, p. 615-31.
- « Representative Bureaucracy, Ethnicity, and Public Schools : Examining the Link Between Representation and Performance. Administration and Society », *Public Administration Review*, n° 39, 2007, p. 487-526.

POCHIC S. :

- « Faire carrière : l'apport d'une approche en termes de genre », *Formation emploi*, n° 91, 2005, p. 75-94.
- « Quand l'égalité femmes-hommes change de camp : d'une revendication syndicale déniée à un soutien élitiste à la diversification des talents » *in* J. LAUFER, Y. L'HORTY, C. LOUVEAU et *al*. (dir.), *Colloque international du DIM GID. Genre, inégalités, discriminations*, Université Paris Diderot, 27 et 28 juin 2016.
- GUILLAUME C., « Les attendus implicites de la carrière : usages et mis en forme de la vie privée » *in* BERREBI-HOFFMANN I., *Politiques de l'intime - des utopies d'hier aux mondes du travail d'aujourd'hui*, Paris, La Découverte, 2009, p. 145-67.

POINT S. :

- SINGH V., « Defining and Dimensionalising Diversity : Evidence from Corporate Websites across Europe », *European Management Journal*, n° 6, 2003, p. 750-61.
- « La charte de la diversité regards sur le discours des entreprises signataires », *Management & Avenir*, n° 8, 2006, p. 61-85.
- « La diversité des définitions de la diversité : comparaisons européennes » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Le management de la diversité : enjeux, fondements et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 233-56.
- GRÖSCHL S., « Luxe, calme et volupté… rime avec diversité ? Invitation au voyage à travers les discours des grands groupes hôteliers » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 177-96.

POIRET C., « Les processus d'ethnicisation et de raci(ali)sation dans la France contemporaine : Africains, Ultramarins et "Noirs" », *Revue européenne des migrations internationales*, n° 1, 2011, p. 107-27.

POUGET J. :

- « La fonction publique : vers plus de diversité ? » *in France : portrait social. Éditions 2005-2006*, INSEE, 2005, p. 147-8.
- « Enquête FQP et enquête Structure des Salaires – Études sur la diversité dans la fonction publique et sur les différences salariales dans le secteur privé ? » *in* E. CEDIEY (dir.), *La mesure des discriminations liées à l'origine : Statistiques et testing présentés lors du colloque du 22 octobre 2007 à Lyon*, ISM-Corum, Lyon, 2007, p. 29-37.

PUECH I., « Femmes et immigrées : corvéables à merci », *Travail, genre et sociétés*, n° 16, 2006, p. 39-51.

QUERNEZ E. :

- « "Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés" Les catégories entrepreneuriales de promotion de la "diversité" » *in* G. CALVES, M. EBERHARD, Y. L'HORTY (dir.), *Critères, catégories et stéréotypes. Discriminations : état de la recherche*, Paris, Colloque de l'ARDIS, 9 octobre 2015, p. 1-13.
- « "Fournir les codes de l'entreprise à ceux qui en sont éloignés" : construction et mitigation d'un risque socio-racial », *Les cahiers de la LCD*, n° 6, 2018, p. 57-75.

RABAUD A., « "Montré-caché" de l'ethnicité, de la "race" et du sexe dans l'animation socioculturelle », *Raison présente*, n° 178, 2011, p. 71-82.

REDON G., « Politique de gestion de la diversité dans les grandes écoles françaises : quelles intentions stratégiques ? », *@GRH*, n° 19, 2016, p. 37-64.

REYNAUD J., « De la nécessité d'une représentation spéciale pour les prolétaires », *Revue encyclopédique*, avril 1832, p. 1-20.

RICŒUR P., « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, n° 206, 1994, p. 29-30.

ROBERT A., « La Quatrième République et les questions de l'égalité et de la justice dans l'enseignement du second degré : le changement sans la réforme », *Revue française de pédagogie*, n° 159, 2007, p. 81-92.

ROBERT-DEMONTROND P., « Le marketing de la RSE, enjeux et perspectives » *in* LE FLANCHEC A., UZAN O., DOUCIN M., *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Economica, 2012, p. 57-61.

ROSENBLOOM D. H., DOLAN J., « La bureaucratie représentative », *RFAP*, n° 118, 2006, p. 251-63.

ROUBAN L., « L'univers axiologique des fonctionnaires », *RFAP*, n° 132, 2009, p. 771-88.

SABATIER P., SCHLAGER E., « Les approches cognitives des politiques publiques : perspectives américaines », *RFSP*, n° 50, 2000, p. 209-34.

SABBAGH D. :

- « Les discriminations positives », *Critique internationale*, n° 17, 2002, p. 128-30. « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*affirmative action* dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004, n° 111, p. 5-18.
- « Vertus et limites de la discrimination positive indirecte dans l'enseignement supérieur : l'expérience du Texas et de la Californie », *Mouvements*, n° 55-6, 2008, p. 102-11.
- « Éléments de réflexion sur la mesure de la "diversité" et des discriminations », *La vie des idées*, 13 octobre 2009.
- « Les ravages de la pensée moniste : à propos de La Diversité contre l'égalité de Walter Benn Michaels, Raisons d'agir, 2009 », *Mouvements*, n° 61, 2010, p. 172-80.
- « Sous couvert de diversité les entreprises se conforment à des obligations préexistantes », *Observatoire des inégalités*, 11 février 2010.
- « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie (1995-2008) », *Sociétés contemporaines*, n° 79, 2010, p. 41-67.
- « Discrimination positive et "diversité" : les chaînons manquants », *Raison publique*, n° 17, 2012, p. 199-217.
- « Paris/Texas : Les voies détournées de la "diversité" dans les filières d'élite de l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *RIPC*, n° 1, 2016, p. 85-112.
- « Pérennité de la discrimination positive ? L'arrêt Fisher contre Université du Texas (2016) », *Sciences Po. Centre de recherches internationales*, janvier 2017.

SAFI M., « Promoting Diversity in French Workplaces: Targeting and Signaling Ethnoracial Origin in a Colorblind Context », *Socius*, n° 14, 2017, p. 1-14.

SALA PALA V., « Faut-il en finir avec le concept de racisme institutionnel ? », *Regards sociologiques*, n° 39, 2010, p. 31-44.

SAM-GIAO M., « L'accès des femmes aux emplois de direction générale dans les grandes collectivités locales : état des lieux et points de résistance », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 69-73.

SANDERS H., BELGHITI-MAHUT S., « La diversité dans l'Hexagone : Les usages français d'une notion américaine », *Humanisme et Entreprise*, n° 305, 2011, p. 21-36.

SCHEEPERS J., « La couleur des compétences. Les cas comparés de deux groupes professionnels : les éducateurs et les vigiles », *SociologieS*, 2019.

SCHOLZ C., « L'attractivité des armées auprès des minorités Ethniques en Europe : une comparaison Allemagne, France, Grande-Bretagne », *Fiche de l'Irsem*, n° 2, 2010, p. 1-12.

SCOTTO M. J., BOYER A., MORIN C., « Les questions d'égalité professionnelle ne sont-elles que des préoccupations de "riches" ? Le transfert vers les PME des bonnes pratiques développées

par les grandes entreprises » *in* BARTH I., FALCOZ C. (dir.), *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Cormelles-le-Royal, EMS Management & société, 2010, p. 197-212.

SENAC R. :

- « Les pièges essentialistes de la parité et de la diversité » *in* LAROCHE J., POIRMEUR Y. (dir.), *Gouverner les violences : le processus civilisationnel en question. Mélanges Armelle Le Bras-Chopard*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 109-123.
- « La promotion de la diversité dans la fonction publique : de l'héritage républicain à une méritocratie néoliberale », *RFAP*, n° 153, 2015, p. 165-82.

SETTOUL E. (coord.), « Les descendants de l'immigration dans l'armée et la police » (dossier), *Migrations Sociétés*, n° 69, 2017, p. 3-134.

SILVERA R., « Égalité et diversité : ni avec, ni sans toi… L'histoire de deux labels » *Travail, genre et sociétés*, n° 21, 2009, p. 29-54.

SIMON P. :

- STAVO-DEBAUGE J., « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, n° 53, 2004, p. 57-84.
- CLEMENT M., « Comment décrire la diversité des origines en France? Une enquête exploratoire sur les perceptions des salariés et des étudiants », *Population et Sociétés*, n° 425, 2006, p. 1-4.
- « Discriminations négatives. Pour une politique contre le délit de faciès », *Mouvements*, n° 44, 2006, p. 101-7.
- « "La crise du modèle d'intégration". Le modèle social français », *Cahiers Français*, n° 330, 2006, p. 62-7.
- ESCAFRE-DUBLET A., « Représenter la diversité en politique : une reformulation de la dialectique de la différence et de l'égalité par la doxa républicaine », *Raisons politiques*, n° 35, 2009, p. 125-41.
- « La stratégie de la discrimination positive : Sarkozy et le débat français sur l'égalité », *Modern & Contemporary France*, n° 4, 2009, p. 435-50.
- « L'intégration menacée ? Les discriminations et l'émergence de minorités ethniques en France », *Cahiers Français*, n° 352, 2009, p. 83-7.
- « La lutte contre les discriminations n'a pas eu lieu. La France multiculturelle et ses adversaires », *Mouvements*, n° 83, 2015, p. 87-96.

SINGH B., WINKEL D. E., SELVARAJAN T. T., « Managing diversity at work: Does psychological safety hold the key to racial differences in employee performance ? », *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, n° 2, 2013, p. 242-263.

SINTOMER Y., « Les sens de la représentation politique : usages et mésusages d'une notion », *Raisons politiques*, n° 50, 2013, p. 13-34.

SMITH N., SMITH V., VERNER M., « Do women in top management affect firm performance ? A panel study of 2 500 Danish firms », *International Journal of Productivity and Performance Management*, n° 55, 2006, p. 569-93.

SOUBIRON A., « Le tutorat d'excellence : les contours d'une formule pédagogique », *Les dossiers des sciences de l'éducation*, n° 33, 2015, p. 161-73.

SOUM E. Y., GEISSER V., « La diversité made in France : une avancée démocratique en trompe-l'œil », *RIS*, n° 73, 2009, p. 103-8.

SPIRE A., MERLLIE D., « La question des origines dans les statistiques en France. Les enjeux d'une controverse », *Le Mouvement social*, n° 188, 1999, p. 119-30.

STAVO-DEBAUGE J. :

- « Prendre position contre l'usage de catégories "ethniques" dans la statistique publique. Le sens commun constructiviste, une manière de se figurer un danger politique » *in* LABORIER P., TROM D. (dir.) *Historicité de l'action publique*, Paris, PUF, 2003, p. 293-324.
- « Les vices d'une inconséquence conduisant à l'impuissance de la politique française de lutte contre les discriminations. Deuxième partie : Apprêter un chemin au droit et confectionner des "catégories" pour l'action publique », *Carnets de bord*, n° 7, 2004, p. 32-54.
- « Mobiliser les pouvoirs de la statistique pour l'action antidiscriminatoire : le cas du Royaume-Uni », *RISS*, n° 183, 2005, p. 49-62.
- « L'invisibilité du tort et le tort de l'invisibilité », *Espacestemps.net*, 2007.

SUCHMAN M., « Managing legitimacy: Strategic and institutional approaches », *Academy of Management Review*, n° 3, 1995, p. 571-610.

SUREL Y., « Les politiques publiques comme paradigmes » *in* FAURE A., POLLET G., WARIN P., *La construction du sens dans les politiques publiques. Débats autour de la notion de référentiel*, Éd. L'Harmattan, 1995, p. 125-52.

TAKAGI J., « Pour une approche sociologique de la « diversité » », *RIS*, n° 73, 2009, p. 111.

TANDE A., « La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005). Entre intégration et égalité des chances », *Informations sociales*, n° 148, p. 20-31.

TERRAMORSI P., BARTHE N., PERETTI J. –M., « L'information diversité dans les rapports RSE des sociétés du CAC 40 », *Management & Avenir*, n° 28, 2009, p. 268-80.

THOMAS D., ELY D., « Making Differences Matter: A New Paradigm for Managing Diversity », *Harvard Business Review*, n° 74, 1996, p. 79-90.

TIENDA M., ALON S., NIU S. X., « La discrimination positive et la loi texane "des dix pour cent" », *Sociétés contemporaines*, n° 79, 2010, p. 19-39.

TOE M., « Diversité du genre au Conseil d'Administration : vers une amélioration de la gouvernance des entreprises ? », *Gestion 2000*, n° 3, 2014, p. 87-113.

TRIPIER M., « Technique, science, éthique, politique. Les enjeux du débat sur la mesure de la "diversité" » *in* BADINTER E., AMSELLE J. –L., DOZON J. –P., *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, CARSED, 2009, p. 157-66.

VAN DE WALLE I., MORDRET X., « De la charte de la diversité à la labellisation. L'État et les entreprises dans la négociation d'une politique de la diversité », CREDOC, *Cahiers de recherche*, n° 255, 2008.

VAN ZANTEN A., « L'ouverture sociale des grandes écoles : diversification des élites ou renouveau des politiques publiques d'éducation ? », *Sociétés contemporaines*, n° 79, 2010, p. 69-95.

VAN ZANTEN A., « Une discrimination banalisée ? L'évitement de la mixité sociale et raciale dans les établissements scolaires » *in* FASSIN D., FASSIN E. (dir.), *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris, La Découverte, 2006, p. 195-210.

VATTEVILLE E., « La stratégie de la diversité au fondement de la confiance et de la performance », *Management & Avenir*, n° 28, 2009, p. 408-21.

VERTOVEC S., « Super-diversity and its implications », *Ethnic and Racial Studies*, n° 6, 2007, p. 1024-54.

WAGENER M., « La reconnaissance de la monoparentalité comme nouvelle catégorie cible des politiques de diversité. Vers un universalisme adapté ? », *SociologieS*, 2019.

WALZER M. , « Exclusion, injustice et État démocratique » *in* AFFICHARD J., DE FOUCAULD J. B., *Pluralisme et équité. La justice sociale dans les démocraties*, Esprit, 1995, p. 29-40.

WILKINS V. M., WILLIAMS B. N., « Black or Blue: Racial profiling and representative bureaucracy », *Public Administration Review*, n° 4, 2008, p. 654-64.

WILLETT G., « Paradigme, théorie, modèle, schéma : qu'est-ce donc ? », *La recherche en communication*, n° 10, 1996.

YOUNG I. M., « Polity and group difference : a critique of the ideal of universal citizenship », *Ethics*, n° 2, 1989, p. 250-74.

ZANNAD H. :

- « Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion », *Humanisme et Entreprise*, n° 295, 2009, p. 29-40.
- STONE P., « Mesurer la diversité en entreprise : pour quoi et comment ? », *Management & Avenir*, n° 38, 2010, p. 157-75.

ZOUAGHI S., « Le cas sensible de l'éthnicité. L'exemple de l'étude de la diversité en marketing », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, n° 54, 2016, p. 129-37.

B – Article de presse et médias, discours

AFP, « Valls pour des statistiques ethniques », *Le Figaro*, 12 décembre 2009.

AIZICOVICI F., « BNP Paribas condamnée pour discrimination liée à l'origine "arabe ou maghrébine" d'un cadre », *Le Monde*, 2 mars 2021.

ANE C., « Grandes écoles : l'ouverture sociale progresse à petits pas », *Le Monde*, 30 juin 2015.

AUBRY M. :

- *Déclaration de Grenelle sur les discriminations raciales*, Paris, 11 mai 1999.
- *Déclaration sur la mise en place d'un numéro de téléphone gratuit (le 114) pour lutter contre les discriminations raciales*, Paris, 16 mai 2000.

BOUDIBA M., « Nancy : un jeune sourd dénonce ses difficultés à trouver un emploi dans une vidéo postée sur les réseaux sociaux », *France Info*, 4 mars 2021.

BOULLAND C., « Apprentissage : l'heure du bilan », *La Gazette des communes*, 13 août 2021.

BREF SOCIAL, « L'ANDRH propose de mettre en place un outil de mesure de l'origine des salariés », *Bref Social*, n° 15093, 7 avril 2008 .

BRESSON G., « Chirac moralise en terre sécuritaire », *Libération*, 27 avril 2002.

BURATTI L., « Les dispositifs d'égalité des chances à l'école sont-ils efficaces ? », *Le Monde*, 18 janvier 2016.

CHAUDIERE C., « Discrimination à l'embauche : les résultats de la campagne de testing passée sous silence par le gouvernement », *France Inter*, 8 janvier 2020.

CHEVENEMENT J. –P., *Déclaration du ministre de l'intérieur, sur les moyens engagés pour lutter contre la délinquance et le rôle des préfets en matière de sécurité, sur l'accès à la citoyenneté et la réforme de l'État*, Paris, 15 février 1999.

CHEVENEMENT J. –P., *Déclaration sur les moyens engagés pour lutter contre la délinquance et le rôle des préfets en matière de sécurité, sur l'accès à la citoyenneté et la réforme de l'Etat*, Paris, 15 février 1999.

CHIRAC J., *Discours à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, Paris-Palais de l'Elysée, 23 juin 2005.

CLEMENCEAU F., « Armée : pourquoi les généraux résistent à la diversité », *Le JDD*, 24 mars 2018.

COLLECTIF DE CHERCHEURS :
- « Enquête sur la diversité : l'amalgame pratiqué par SOS Racisme », *Libération*, 15 novembre 2007.
- « Pourquoi il faut des statistiques ethniques », *Libération*, 17 juin 2020.

CONSEIL D'ÉTAT, « Diversité : le Conseil d'État et les juridictions administratives labellisées », Actualités du 12 février 2020.

COROLLER C., « Sur les statistiques ethniques, "nous n'avons pas été compris". Questions à Alex Türk, président de la CNIL », *Libération*, 23 novembre 2007.

COSNARD D., « Un chef d'entreprise se met hors la loi pour relancer le débat sur la laïcité », *Le Monde*, 10 février 2014.

CROCHU D., « Elisabeth Moreno : "Cet Index #diversité vient en complément de l'approche de Mixity que vous avez développée et que je tiens à saluer" », *Blog.mixity.com*, 21 avril 2021.

DARAME M. , FAYE O., « Le débat sur l'instauration de la proportionnelle aux élections législatives divise la majorité », *Le Monde*, 14 février 2021.

DE COMAMOND L., « Discrimination d'origine à l'embauche : sept entreprises épinglées », *Les Echos*, 7 février 2020.

DELACROIX C., DOSSE F., GARCIA P., « Formation des enseignants : silence, on "réforme" », *Libération*, 23 décembre 2020.

DURAND J., « Sarkozy s'intéresse à la couleur des délinquants », *Libération*, 14 février 2006.

ENA :
- « L'École nationale d'administration ouvre un concours pour les docteurs des Universités », Communiqué de presse du 16 septembre 2018.
- « L'ENA réforme sa scolarité et ses épreuves de sortie à partir de la promotion 2020-2021 », *Communiqué de presse*, 24 décembre 2020.

EYCHENNE A., « Homoparentalité : les entreprises en avance sur la loi », *L'Express*, 11 juillet 2012

FABRE M. , « La France en passe d'imposer des quotas de femmes dans les instances dirigeantes des entreprises », *Novethic*, 8 mars 2021.

FASSIN E., « Statistiques de la discorde », *Le Monde*, 5 octobre 2007.

FLOC'H B., « Amélie de Montchalin : "La haute fonction publique a perdu en diversité sociale" », *Le Monde*, 7 octobre 2020.

GABIZON C. :
- « Nicolas Sarkozy nomme un préfet d'origine africaine », *Le Figaro*, 12 décembre 2008.
- « Yazid Sabeg veut plus d'élus issus de la diversité », *Le Figaro*, 21 janvier 2009.

GOURDON J., MILLER M. , IRIBARNEGARA L., « Les dispositifs d'égalité des chances des grandes écoles se focalisent sur la pointe de la pyramide », *Le Monde*, 28 juin 2019.

GUIGOU E., *Déclaration sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes*, Assemblée nationale, 15 décembre 1998.

GURREY B., « M. Chirac diagnostique une "crise d'identité" », *Le Monde*, 16 novembre 2005.

HEFEZ S., « Le Monde en noir et blanc », *Libération*, 11 novembre 2007.

HERAN F., « Il n'y a pas d'apprentis sorciers à l'INED », *Le Monde*, 14 novembre 2007.

JANUEL P., « La réforme constitutionnelle en débat à l'Assemblée », *Dalloz actualités*, 10 juillet 2018.

JAUSSENT V., JEANNOT G., « Tout le monde le sait, le voit et le subit : des policiers racontent le racisme dans leurs rangs », *France Info*, 13 juin 2020.

JOSPIN L., *Déclaration de M. Lionel Jospin, Premier ministre, sur la lutte contre la discrimination raciale et l'exclusion sociale et sur les mesures prises pour y parvenir*, Paris, 18 mars 2000.

JOUAN H., « Canada : la laïcité à la québécoise critiquée par les autres provinces », *Le Monde*, 16 décembre 2019.

JUGNOT S., « Statistiques raciales », *Libération*, 2 octobre 2007.

KESSOUS M. , « Une société de recrutement devant la justice pour discrimination raciale », *Le Monde*, 24 juin 2008.

L'OBS, « Aissa Dermouche nommé préfet », *L'Obs*, 14 janvier 2004.

LABERRONDO P., « Exclusif : l'avis du Conseil d'État qui permettrait un accès spécifique à la fonction publique pour les candidats d'origine modeste », *Acteurs Publics*, 13 octobre 2020.

LAVEILLE P., « Corse : "Crois-tu en Dieu, en Allah ou en Yahvé ?" : le questionnaire qui fait polémique », *Le Parisien*, 19 mars 2017.

LE BARS S., « Avec Joe Biden, toute la diversité des États-Unis au pouvoir », *Le Monde*, 2 avril 2021.

LE MONDE :

- « Nicolas Sarkozy charge Basile Boli d'une mission sur la diversité », *Le Monde*, 8 février 2007.
- « Fonction publique : un pas symbolique vers la diversité », *Le Monde*, 11 février 2021.

LE PARISIEN, « Le gouvernement crée un index de la diversité pour les entreprises », *Le Parisien*, 26 janvier 2021.

LECAPLAIN G., « Merci de l'avoir posée. Mais ça veut dire quoi, LGBTQIA+ ? », *Libération*, 25 janvier 2018.

MACE E., « Entre visibilité médiatique et reconnaissance politique », *Arte magazine*, n° 7, 2006, p. 114-8.

MAURIN L., « Fin de partie pour les statistiques "ethniques" ? », *Alternatives Économiques*, 1er décembre 2007.

MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public. Mission confiée à Yannick L'Horty*, Dossier de presse, 2016.

MORAIN V., « Enquête PISA 2018 : l'école française toujours aussi inégalitaire », *Le Monde*, 3 décembre 2019.

MOSNA-SAVOYE G., « Un week-end dans les Cévennes », *France Culture*, 17 mai 2021.

MOTET L., « Diversité ethnique : le gouvernement Philippe ne fait pas mieux que les précédents », *Le Monde*, 24 mai 2017.

MULLER J. –P., « La Sécu livre aux entreprises les motifs d'arrêt maladie : c'est grave, docteur ? », *L'Express*, 29 janvier 2018.

NABLI B., PAU-LANGEVIN G., « En finir avec la discrimination des élus issus des minorités visibles », *Le Monde*, 9 novembre 2010.

OZIEL C., « La charte de la laïcité du groupe Paprec pose question », *Novethic*, 12 février 2014.

PADYCH C., « "Avec un enfant, c'est la fin de ta carrière !" », *L'Express*, 27 août 2018.

PICOT D., « Haute fonction publique : le plan Macron pour l'égalité des chances », *La Gazette des communes*, 11 février 2021.

PIERRON J., « Procès pour discrimination : "mon histoire, toute personne en situation de handicap l'a déjà vécue" », *France Inter*, 4 mars 2021.

PLATAT S., « L'Oréal veut se laver de tout soupçon», *Libération*, 12 juillet 2007.

POMMIERS E., « Dans les grandes écoles, la diversité sociale n'a pas progressé en dix ans », *Le Monde*, 19 janvier 2021.

SABBAGH D., « Discriminations — Un entretien avec Daniel Sabbagh — Partie 3 », *Canal-u.tv*, 2017.

SARKOZY N. :

- *Déclaration sur le projet de modernisation de la fonction publique*, Nantes, 19 septembre 2007.
- *Déclaration sur une politique en faveur de l'égalité des chances et de la promotion de la diversité*, Palaiseau, École Polytechnique, 17 décembre 2008.

SENAC R. :
- « L'éloge de la diversité ou le racisme "bienveillant" », *Le Courrier*, 27 mars 2013.
- « La promotion de la parité et de la diversité : entre identité et performance, quelle égalité ? », *Eve le Blog*, 16 septembre 2014.
- « L'égalité n'a pas à être "performante" », *Observatoire des inégalités*, 29 janvier 2016.
- « L'égalité française est-elle un mythe ? », *France Culture*, 28 mars 2019.

SIMON P., « Personne n'a de définition de la race. Immigration : Patrick Simon, sociodémographe, s'interroge sur les décisions des sages », *Libération*, 16 novembre 2007.

SMOLAR P., « Une lente amélioration dans la police », *Le Monde*, 23 janvier 2006.

STROMBONI C., « Mixité sociale dans les grandes écoles : vers des bonus aux concours pour les boursiers », *Le Monde*, 14 octobre 2019.

THUILLIER T., « Égalité salariale: la piste du logiciel abandonnée », *L'Express*, 10 août 2018.

TÜRK A., DEBET A., « Statistiques de la diversité : plaidoyer pour la raison », *Le Monde*, 10 octobre 2007.

VALLS M., *Discours aux forces de sécurité*, Paris, École militaire, 30 septembre 2013.

VAN EECKHOUT L., « Des syndicats et des associations rejettent toute idée de statistiques ethniques », *Le Monde*, 7 mars 2007.

VIGNE-LEPAGE V., « Pourquoi l'accès aux grandes écoles de service public est toujours inégalitaire », *La Gazette des communes*, 21 janvier 2021.

VINCENEUX M. , « "Il ne sait pas ce que c'est que de gérer les enfants à la maison" : avec le Covid-19, la charge mentale pèse plus lourd sur les femmes », *France Info*, 11 mars 2021.

VINCIGUERRA P., GALLAND M. , « Corse : l'enquête sur la diversité qui sème la discorde », *France Bleu Haute-Corse*, 20 mars 2017.

Weil P., « L'égalité des chances en quête d'un second souffle », *EducPros*, 30 août 2013.

WONG C., « Dans les grandes écoles, la diversité sociale en progrès », *Les Echos*, 17 janvier 2019.

ZAPPI S., « France Télévisions tente d'ouvrir ses écrans à la diversité », *Le Monde*, 21 octobre 2016.

§ 3 – CONCLUSIONS ET NOTES

A – Conclusions

ALDIGE B. :
- « Les conditions de validité d'une charte d'éthique (Première partie), A propos de l'affaire Dassault Systèmes », *SSL*, nº 1425, 2010, p. 6-11 note sous Soc., 8 décembre 2009, nº 08-17.191.
- « Seconde partie : la licéité du dispositif d'alerte contenu dans un code de conduite des affaires », *SSL*, nº 1439, 2010, p. 107-15 concl. sur Soc., 8 décembre 2009, nº 08-17.191.

BACHELIER G., « Le contrôle du licenciement des salariés protégés », *RFDA*, nº 6, 2000, p. 1330-49 concl. sur CE, sect., 11 juin 1999, nº 195706, *Chicard*.

CREPEY E., « À quelles conditions le maintien des contrats de travail, en cas de reprise d'une entité de droit privé par un service public administratif, ne méconnaît-il pas le principe d'égal accès aux emplois publics ? », *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, nº 5, 2013, p. 345-55 concl. sur CE, sect., 8 mars 2013, nº 355788, *Syndicat des cadres de la fonction publique*.

GUYOMAR M., « Pas de communication du dossier avant un refus de titularisation en fin de stage », *AJDA*, nº 1, 2004, p. 30 concl. sur CE, sect., 3 décembre 2003, nº 256879.

KOKOTT J., concl. sur CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, nº C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*.

MADURO P. concl. sur CJCE, gr. ch., 17 juillet 2008, *S. Coleman contre Attridge Law et Steve Law*.

SHARPSTON E., concl. sur CJUE, gr ch., 14 mars 2017, nº C-188/15, *Bougnaoui*.

TULKENS F., TSOTORIA N., PARDALOS K. concl. sur CEDH, sect., 27 juillet 2010, nº 4149/04 et 41029/04, *Aksu c. Turquie*.

B – Notes, observations et chroniques

ADAM P., MOIZARD N., MINE M., « Liberté de religion dans le travail : garanties et limites », *RDT*, nº 12, 2017, p. 797-800 com. sous Soc., 22 novembre 2017, nº 13-19.855, *Bougnaoui*.

AUBERT M., BROUSSY E., CASSAGNABERE H., « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, nº 20, 2013, p. 1154-65.

AVRIL P., GICQUEL J., « Note sous nº 82-153 DC », *Pouvoirs*, nº 26, 1983, p. 1980-1 note sous Cons. const., 14 janvier 1983, nº 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*.

BAGHESTANI-PERREY L., JANICOT L., CASSARD-VALEMBOIS A. –L., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle nº 5 (second semestre 2007) (1re partie) », *LPA*, nº 75, 2008,

p. 5-18 note sous Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

BELRHALI H., « Les chibanis, des cheminots pas comme les autres ? », *AJDA*, n° 6, 2019, p. 352-9 note sous CA Paris, ch., 31 janvier 2018, n° 15/11747, *Stés SNCF, Épic SNCF et Épic SNCF Mobilités*.

BERNAUD V., GAY L., « Droit constitutionnel. Janvier 2007-février 2008 » , *D.*, n° 29, 2008, p. 2025-35 chron. sous Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

BODA J. -S., POUYAU B., « Une extension majeure du domaine des actes de droit souple faisant grief : la justiciabilité des délibérations de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique », *DA*, n° 12, 2019, p. 33-8 note sous CE, ass., 19 juillet 2019, n° 426389, *Le Pen*.

BOULOUIS J., « Note sous décision n° 84-179 DC », *AJDA*, n° 12, 1984, p. 683 note sous Cons. const., 12 septembre 1984, n° 84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*.

BOURGEOIS M., MOINE M. :

- « La nouvelle loi informatique et libertés : des changements substantiels après le RGPD », *JPC E*, n° 27, 2018, p. 9-11 note sous loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*.
- « Réécriture de la loi Informatique et libertés : encore des nouveautés ! », *JCP E*, n° 5, 2019, p. 24-31 note sous ord. n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*.

BOUTONNET M., « L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique », *Environnement*, n° 1, 2013, p. 19-25 note sous Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

CALVES G., « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien », *AJDA*, n° 25, 2009, p. 1386-9 note sous CE, ssr., 10 avril 2009, n° 311888, *El Haddioui*.

CAMPROUX-DUFFRENE M. –P., « Entre environnement per se et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *Environnement*, n° 12, 2012, p. 13-21 note sous Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

CASTEL D., « Responsabilité d'une association employeur du fait de bénévoles », *Juris associations*, n° 595, 2019, p. 10 obs. Sous Soc., 30 janvier 2019, n° 17-28.905.

CHALTIEL F., « Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le conseil constitutionnel (A propos de la décision n° 2007-557 du 15 novembre 2007 », *LPA*, n° 236, 2007, p. 4-9 note sous

Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

CLUZEL-METAYER L., DEBAETS E., « Le droit de la protection des données personnelles : la loi du 20 juin 2018 », *RFDA*, n° 6, 2018, p. 1101-11 note sous loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*.

COLONNA J., RENAUX-PERSONNIC V., « Neutralité dans l'entreprise : le mode d'emploi de la Cour de justice de l'Union européenne », *LGP*, n° 20, 2017, p. 57-61 note sous CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions* et CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*.

COUR DE CASSATION., *Note explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 2484 (13-19.855) du 22 novembre 2017*, 22 novembre 2017.

COURCOL-BOUCHARD C., Bossu B., « Le port du voile islamique confronté au principe de neutralité », *JCP S*, n° 49, 2017, p. 18-28 com. sous Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, *Bougnaoui*.

DE BELVAL B., « Liberté d'expression de l'avocat en dehors du prétoire », *LGP*, n° 42, 2018, p. 34-5 obs. sous CEDH, sect., n° 41841/12, *Ottan c. France*.

DE MONTECLERC M. –C., « Une transformation profonde de la haute fonction publique », *AJDA*, n° 20, 2021, p. 1116 obs. sous ord. n° 2021-702 du 2 juin 2021 *portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État*.

DE QUENAUDON R. :

- MUSTEL M. -J., « Un "code de conduite des affaires" en quête de statut juridique », *RDT*, n° 5, 2009, p. 311-5 note sous CA Versailles, 17 avril 2008, n° 07/08624, *SA Dassault Systèmes*.
- « Codes de conduite et dispositifs d'alerte. Les réponses de la Cour de cassation », *RDT*, n° 3, 2010, p. 171-2 note sous Soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191.

DEBET A, METTALINOS N. :

- « Libertés et protection des personnes. L. n° 2018-493, 20 juin 2018 », *JCP G*, n° 36, 2018, p. 1548-54 note sous loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*.
- PERRAY R. (dir.), « Dossier sur le Règlement général sur la protection des données », *CCE*, n° 4, 2018 dossier sous ord. n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*.
- « Ordonnance du 12 décembre 2018. Poursuite de l'adaptation du droit français avec le RGPD (1re partie : Les dispositions communes) », *CCE*, n° 2, 2019, p. 42-5 note sous ord. n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant*

modification de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.
- « Ordonnance du 12 décembre 2018. Poursuite de l'adaptation du droit français avec le RGPD (2e partie : Les traitements relevant du RGPD) », *CCE*, nº 3, 2019, p. 40-4 note sous ord. nº 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*.

DELEBECQUE P., « L'arrêt "Erika" : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.*, nº 40, 2012, p. 2711-16 note sous Crim., 25 septembre 2012, nº 10-82.938.

DELPECH X., « Procédure pénale - Lutte contre le racisme - Rejet de la constitution de partie civile pour fichage ethnique » *Juris associations*, nº 592, 2019, p. 10 obs. sous Crim, 27 novembre 2018, nº 18-83.009.

DESBARATS I. :
- « Codes de conduite et chartes éthiques sous surveillance », *RDT*, nº 01, 2008, p. 39-40 note sous TGI Nanterre, 19 octobre 2007, nº 06/06460, *SA Dassault Systèmes*.
- « Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français », *D.*, nº 9, 2010, p. 548-52 note sous Soc., 8 décembre 2009, nº 08-17.191.

EVEILLARD G., « Reprise des agents d'un service public administratif et égal accès aux emplois publics », *DA*, nº 6, 2013, p. 40-3 note sous CE, sect., 8 mars 2013, nº 355788, *Syndicat des cadres de la fonction publique*.

FAVOREU L. :
- « Note sous nº 82-153 DC », *RDP*, nº 2, 1983, p. 333 note sous Cons. const., 14 janvier 1983, nº 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*.
- « Note sous décision nº 84-179 DC », *RDP*, nº 2, 1986, p. 395 note sous Cons. const., 12 septembre 1984, nº 84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*.

FERRE N., « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique », *RDT*, nº 3, 2020, p.178-84 note sous Cons. prud'h. Paris, 17 décembre 2019, nº 17/10051.

FRESSOZ P. –F., « La modernisation de la fonction publique », *AJDA*, nº 5, 2001, p. 472-9 note sous loi nº 2001-2 du 3 janvier 2001 *relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale*.

GAUDEMET P. –M., « Fonction publique : École Nationale d'Administration », *AJDA*, nº 5, 1983, p. 312-7 note sous Cons. const., 14 janvier 1983, nº 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*.

GIRARD D., « Le recours pour excès de pouvoir confronté au “droit souple” : il plie mais ne rompt pas ! », *RGD*, n° 23904, 2016 note sous CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

GIRAUDET C., « Nature juridique d'une disposition déontologique contenue dans une note de service », *D.*, n° 8, 2000, p. 88 obs. sous CE, sect., 11 juin 1999, n° 195706, *Chicard*.

GOZZI M. -H., « Lutte contre les pollutions marines : la témérité, le dommage, et le juge pénal français », *RLDA*, n° 78, 2013, p. 59-60 note sous Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

GRIGUER M., SCHWARTZ J., « RGPD et loi Informatique et Libertés modifiée. Une harmonie en demi-teinte », *CDE*, n° 5, 2018, p. 50-2 note sous loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*.

GUIOMARD F., « Un sociologue aux prud'hommes », *RDT*, n° 2, 2020, p. 137-40 note sous Cons. prud'h. Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051.

IDOUX P., « Le nouveau recours en annulation des actes de droit souple des autorités de regulation », *RLC*, n° 50, 2016, p. 23-9 note sous CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

JANICOT L., « À quelles conditions le maintien des contrats de travail, en cas de reprise d'une entité de droit privé par un service public administratif, ne méconnaît-il pas le principe d'égal accès aux emplois publics ? », *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, n° 5, 2013, p. 345-55 note sous CE, sect., 8 mars 2013, n° 355788, *Syndicat des cadres de la fonction publique*.

JEAN-PIERRE D., « Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des règles distinctes de recrutement dans un même corps soient établies », *JCP A*, n° 6, 2004, p. 154-6 note sous CE, ass., 12 décembre 2003, n° 245607, *Billiemaz et a.*

LE COUVIOUR K., « Erika : l'arrêt salvateur de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 47, 2012, p. 2095-9 note sous Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

LE MAIGAT P., « La restriction à la liberté religieuse dans les entreprises privées », *LGP*, n° 43, 2017, p. 15-7 com. sous Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, *Bougnaoui*.

LECOURT B. :

- « La directive “CRD 4” du 26 juin 2013 et les mesures ayant trait au gouvernement d'entreprise », *RdS*, n° 11, 2013, p. 654-7 note sous dir. n° 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* .
- « Simplification des obligations comptables des sociétés : transposition de la directive n° 2013/34/UE du 26 juin 2013 », *RdS*, n° 5, 2014, p. 335-44 chron. sous dir. n° 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*.

LEGRAND A., « Discrimination positive et accès à Sciences-Po », *AJDA*, nº 43, 2003, p. 343-7 note sous CAA Paris, ch., 6 novembre 2003, nº 02PA02821.

LYN F. « La liberté d'expression de l'avocat en dehors du prétoire : bis repetita placent », *CCE*, nº 1, 2019, p. 14-15 obs. sous CEDH, sect., nº 41841/12, *Ottan c. France*.

MALVERTI C., BEAUFILS C. :
- « La littérature grise tirée au clair », *AJDA*, nº 25, 2020, p. 1407-15 note sous CE, sect., 12 juin 2020, nº 418142, *GISTI*.
- « Le Conseil d'État donne du mou au droit souple », *ADJA*, nº 34, 2019, p. 1994-2001 note sous CE, ass., 19 juillet 2019, nº 426389, *Le Pen*.

MARINO L., « Le règlement européen sur la protection des données personnelles : une révolution », *JCP G*, nº 22, 2016, p. 1079 note sous régl. nº (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*.

MARTIAL-BRAZ N.:
- « Quand la French Touch contribue à complexifier l'édifice du droit de l'Union européenne ! », *JCP G*, nº 28, 2018, p. 1348-51 note sous loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*.
- « Droit de la protection des données à caractère personnel issu de l'ordonnance nº 2018-1125 du 12 décembre 2018 », *JCP G*, nº 1, 2019, p. 10-13 note sous ord. nº 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*.

MARTIN D., « Cachez ce voile que je ne saurais voir ! L'interdiction de discrimination fondée sur la religion vue par la CJUE », *DS*, nº 4, 2018, p. 314-22 note sous CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, nº C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions* et CJUE, gr ch., 14 mars 2017, nº C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*.

MATHEY N., « Vers une solidification du droit souple? », *RDBF*, nº 3, 2016, p. 48-9 note sous CE, ass., 21 mars 2016, nº 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, nº 390023, *Sté NC Numéricable*.

MATTATIA F. :
- « La nouvelle loi informatique et libertés "CNIL 3" », *JCP A*, nº 27, 2018, p. 16-22 note sous loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*.
- « L'ordonnance du 12 décembre 2018 et la nouvelle loi Informatique et libertés », *JCP A*, nº 7, 2019, p. 27-31 note sous ord. nº 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978*

relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.

MAXWELL W., ZOLYNSKI C., « Protection des données personnelles. Juin 2018-juillet 2019 », *D.*, n° 30, 2019, p. 1673-83 note sous ord. n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*.

MAZUYER E., « Discrimination sur l'orientation sexuelle au travail : assimilation du PACS et du mariage », *RLDA*, n° 90, 2014, p. 52-5 note sous CJUE, ch., 12 décembre 2013, n° C-267/12, *Hay*.

MELLERAY F. :

- « Emplois d'avenir et Constitution », *AJDA*, n° 2, 2013, p. 119-21 note sous Cons. const., 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*.
- « Les documents de portée générale de l'administration », *RFDA*, n° 5, 2020, p. 785-806 note sous CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*.

MERCAT-BRUNS M. :

- « Le jeu des discriminations multiples », *RDT*, n° 4, 2013, p. 254-7 note sous CJUE, ch., 6 décembre 2012, n° C-152/11, *Baxter c. Deutschland GMBH*.
- « Le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale », *RDT*, n° 2, 2018, p. 132-6 note sous Soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281.
- « Retour de congé parental et discrimination indirecte », *RDT*, n° 3, 2020, p. 195-8 note sous Soc. 14 novembre 2019, n° 18-15.682.
- « La reconnaissance d'un droit au congé supplémentaire de maternité sous certaines conditions », *RDT*, n° 2, 2021, p. 108-11 note sous CJUE, ch., 18 novembre 2020, n° C-463/19, S*yndicat CFTC du personnel de la CPAM de Moselle c. CPAM de Moselle*.
- « Le refus de mesures appropriées, constitutif d'une discrimination fondée sur le handicap », *RDT*, n° 9, 2020, p. 544-7 note sous Soc. 3 juin 2020, n° 18-21.993.

MEYRAT I., « Les chartes éthiques sous contrôle du juge », *SSL*, n° 1459, 2010, p. 109-113 note sous Soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191.

MONTAS A., ROUSSEL G., « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJDP*, n° 11, 2012, p. 574-8 note sous Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

NASOM-TISSANDIER H., « Neutralité religieuse dans l'entreprise: le droit français au droit du prisme européen », *DS*, n° 4, 2018, p. 348-55 note sous CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions* et CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*.

PAILLER P., « Consécration d'un contrôle juridictionnel souple », *RDBF*, n° 3, 2016, p. 76-8 note sous CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

PARANCE B., « Quand la Cour de cassation vient donner ses lettres de noblesse au préjudice écologique, tout en restant très prudente sur sa définition », *LGP*, n° 298-9, 2012, p. 8-11 note sous Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

PAULIAT H., « Haute fonction publique : la réforme est lancée ! À propos de l'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État », *JCP A*, n° 23, 2021, p. 4-6 obs. sous ord. n° 2021-702 du 2 juin 2021 *portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État*.

PERROUD T., « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de regulation », *JCP G*, n° 22, 2016, p. 1073-6 note sous CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

PETIT B., « Signes religieux au travail : quand la CJUE dit tout et son contraire », *RDLF*, n° 2017-19, 2017 note sous CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions* et CJUE, gr ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*.

PEYRONNET M. :

- « Congé et prime de mariage : discrimination directe en raison de l'orientation sexuelle », *Dalloz actualité*, 7 janvier 2014 obs. sous CJUE, ch., 12 décembre 2013, n° C-267/12, *Hay*.
- « Affaire Chibanis c. SNCF : la discrimination fondée sur la nationalité est confirmée », *Dalloz actualités*, 13 février 2018 note sous CA Paris, ch., 31 janvier 2018, n° 15/11747, *Stés SNCF, Épic SNCF et Épic SNCF Mobilités*.
- « Discrimination systémique dans le BTP : une notion nouvelle aux effets limités », *Dalloz actualité*, 8 janvier 2020 obs. sous Cons. prud'h. Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051.
- « L'action de groupe "discrimination" a déjà atteint ses limites », *Dalloz actualités*, 11 janvier 2021 obs. sous TJ Paris, 15 décembre 2020, n° 18/04058.

POULLE J. –B., KANNAN A., « MIF 2 : la protection des investisseurs », *RDBF*, n° 6, 2014, p. 123-9 note sous dir. n° 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*.

PREVOST S. (dir.), « Dossier : Protection des données personnelles : premiers regards sur le règlement (UE) 2016/679 », *Dalloz IP/IT*, n° 7, 2016, p. 330 et suiv. dossier sous ord. n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*.

RADE C., « Pschitt au pays des discriminations », DS, nº 2, 2021, p. 97-9 note sous TJ Paris, 15 décembre 2020, nº 18/04058.

RIBES D. :

- « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, nº 48, 2001, p. 762 obs. sous Cons. const., 11 juillet 2001, nº 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*.
- « La procédure de sélection de l'IEP de Paris doit respecter le principe de l'égal accès à l'instruction », *D.*, nº 24, 2002, p. 1949 obs. sous Cons. const., 11 juillet 2001, nº 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*.

ROBIN-OLIVIER S., « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », *RTDE*, nº 2, p. 229-39 note sous CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, nº C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions* et CJUE, gr ch., 14 mars 2017, nº C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*.

RODA J. -C., « Quand la compliance américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *D.*, nº 16, 2020, p. 913-6 note sous Com., 20 novembre 2019, nº 18-12.817.

RONTCHEVSKY N., « Les communiqués de l'Autorité des marchés financiers peuvent être soumis au contrôle de légalité et faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge administratif », *RTD Com*, nº 2, 2016, p. 298-303 note sous CE, ass., 21 mars 2016, nº 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, nº 390023, *Sté NC Numéricable*.

ROUAULT M. -C., « Un petit nouveau en excès de pouvoir : le document de portée générale à effets notables », *LPA*, nº 7, 2021, p. 6-22 note sous CE, sect., 12 juin 2020, nº 418142, *GISTI*.

ROUSSILLE M., « Société cotée : comment sanctionner les manquements afférents aux questions écrites posées par les actionnaires ? », *JCP E*, nº 30, 2014, p. 26-9 note sous CA Paris, 19 décembre 2013, nº 12/22644, *A. de C. c. SA Wendel*.

SAURON J. -L. :

- « Le règlement général sur la protection des données, règlement (UE) nº 2016/679 du 27 avril 2016 : de quoi est-il le signe ? », *CCE*, nº 9, 2016, p. 13-7 note sous ord. nº 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*.
- HAMON S., « La loi sur la protection des données bouleversera-t-elle la société française ? », *LGP*, nº 24, 2018, p. 18-20 note sous loi nº 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*.

SCHOETTL J. –E., « La loi DDOSEC devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, nº 144, 2001, p. 15-25 note sous Cons. const., 11 juillet 2001, nº 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*.

SEILLER B., « La recevabilité des recours contre les actes composant le “droit souple” », *GP*, n° 22, 2016, p. 27-28 note sous CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

TAIBI A., « L’élargissement de la recevabilité contentieuse du droit souple des autorités de régulation », *GP*, n° 18, 2016, p. 20-2 note sous CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

TOUZEIL-DIVINA M., « La fonction publique ? C’est pas automatique ! », *RLCT*, n° 90, 2013, p. 31-4 note sous CE, sect., 8 mars 2013, n° 355788, *Syndicat des cadres de la fonction publique*.

TRACOL X., « Le règlement et la directive relatifs à la protection des données à caractère personnel », *Europe*, n° 10, 2016, p. 5-10 note sous régl. n° (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*.

TURPIN D., « La décision numéro 557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l’immigration et à l’asile : le moustique et le chameau », *D.*, n° 24, 2007, p. 1638-44 note sous Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration, à l’intégration et à l’asile*.

VABRES R., « Recours contre les instruments de “soft law” », *Dsoc.*, n° 6, 2016. p. 32-5 note sous CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

VERICEL M., « L’employeur dispose-t-il d’un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? », *DS*, n° 12, 2000, p.1059-63 note sous CE, sect., 11 juin 1999, n° 195706, *Chicard*.

VERPEAUX M., « Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge », *JCP G*, n° 1, 2008, p. 20-4 note sous Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration, à l’intégration et à l’asile*.

VON COESTER S., DAUMAS V., « Le Conseil d’État accepte de se saisir d’actes de “droit souple” », *DA*, n° 4, 2016, p. 29-35 note sous CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

WAQUET P., « Règlement intérieur, charte d’éthique et système d’alerte », *SSL*, n° 1328, 2007, p. 8-13 note sous TGI Nanterre, 19 octobre 2007, n° 06/06460, *SA Dassault Systèmes*.

WILLMANN C., « Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *DS*, n° 2, 2008, p. 166-73 note sous Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration, à l’intégration et à l’asile.*

WILLOCX L., « Discriminations directes liées à la religion : la barbe ! », *RDT*, n° 10, 2020, p. 620-3 note sous Soc., 8 juillet 2020, n° 18-23.743.

ZARKA J. – C., « La loi relative à la protection des données personnelles », *LPA*, n° 115, 2018, p. 6-11 note sous loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 *relative à la protection des données personnelles*.

§ 4 – RAPPORTS, ÉTUDES, RECOMMANDATIONS, GUIDES

A – Autorités publiques

AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION, Avis n° NOR : ECOZ2035293V *relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption 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 publics et de favoritisme*, 4 décembre 2020.

AMF :

- *Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne*, 2010.
- *Rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2012.
- *Recommandation AMF n° 2013-18. Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale sociétale et environnementale*, 2013.
- *Étude comparée : les codes de gouvernement d'entreprise dans 10 pays européens*, 2016.
- *Rapport 2018 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2018.
- *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale, et environnementale des sociétés cotées*, 2019.
- *Rapport 2019 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2019.

AMOUDRY J. –P., *Utilisation de l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 pour le recrutement de policiers municipaux*, Sénat, Question au secrétaire d'État chargé de la Fonction publique, n° 934, 19 juillet 2007.

ANDOLFATTO D., BUGNON C., DECHATRE L., DOCAJ D., DONIER V., ICARD P., LAIDIE Y., *Le principe de non-discrimination : l'analyse des discours*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016.

ATTALI J., *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Rapport au Président de la République, 2008.

AUTORITE EUROPEENNE DES MARCHES FINANCIERS, *Orientations relatives à l'organe de direction des opérateurs de marché et des prestataires de services de communication de données*, n° ESMA70-154-271 FR, 2017.

BADRE M., VERDIER NAVES N., *Avis relatif à l'évolution de la fonction publique et des principes qui la régissent*, CESE, 2017.

BAJOU B., KAMOUN J., PERROT N., SCHMITT J. –M., SERE A., FATTET J., *Contrôle de l'ouverture sociale et de la diversité dans les classes préparatoires aux grandes écoles*, Rapport au ministre de l'Éducation nationale et à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche, 2010.

BARTOLONE C., WINOCK M., *Refaire la démocratie*, Rapport à l'Assemblée nationale, n° 3100, 2015.

BASSERES J. :

- *Préfiguration de l'Institut national du service public*, Rapport au Premier ministre, 2021.
- *Préfiguration de la Délégation interministérielle à l'encadrement supérieur de l'État*, Rapport au Premier ministre, 2021.

BASSET T., CHABERNAUD A., CHLAIKA A., GOMEZ L., LESAVRE J., MARCHAL C., TRACLET P., WEYER J., ABDELLATIF S., Le BRAS-THOMAS C., SUCHET A., *Les profils des élèves administrateurs de l'INET*, Enquête réalisée par les élèves administrateurs de la promotion Paul Eluard, 2013.

BATAILLE P., GUEDJ J. (dir.), *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers (secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques)*, GELD, 2000.

BEBEAR C., *Des entreprises aux couleurs de la France. Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Rapport au Premier ministre, 2004.

BEGAG A., *La République à ciel ouvert*, Rapport au ministre de l'Intérieur, de la Sécurité et des Libertés locales, 2004.

BELORGEY J. –M., *Lutter contre les discriminations*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité, 1999.

BENBASSA E., LECLERF J. –R., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale relatif à la lutte contre les discriminations*, Sénat, n° 94, 2014.

BERENI L., EPSTEIN R., *Instrumenter la lutte contre les discriminations. Le label diversité dans les collectivités territoriales*, ARDIS, 2015.

BIVILLE Y., *Armées et population à problèmes d'intégration : le cas des jeunes Français d'origine maghrébine*, Compiègne, Centre d'études sur la sélection du personnel de l'armée de terre, 1990.

BLANCHARD O., TIROLE J., *Les grands défis économiques*, Rapport au Président de la République, 2021.

BODIN Y., *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires culturelles par la mission d'information portant sur la diversité sociale et l'égalité des chances dans la composition des classes préparatoires aux grandes écoles*, Sénat, n° 441, 2007.

BON-MAURY G., BRUNEAU C., DHERBECOURT C., DIALLO A., FLAMAND G., GILLES C., TRANNOY A., *Le coût économique des discriminations*, Paris, France Stratégie, 2016.

BOSSU B. (dir.), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2014.

BRAIBANT G., *Données personnelles et société de l'information. Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46*, Rapport au Premier ministre, 1998.

BROVELLIX L., DRAGO X., MOLINIE E. (dir.), *Responsabilité et performance des organisations*, Rapport au gouvernement, 2013.

CABARE P., *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, AN, n° 979, 2018.

CALVES G., *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*, Rapport à la DGAFP, 2005.

CAMPET J., *L'avenir de la télévision publique*, Rapport au ministre de la Communication, 1993.

CARRIERE M., LOUVEL S., MANGEMATIN V., MARRY C., MUSSELIN C., PIGEYRE F., SABATIER M., VALETTE A., *Entre discrimination et auto-censure : les carrières des femmes dans l'enseignement supérieur et la recherche*, Rapport de recherche au ministère national de la Recherche et de la Technologie et à l'Inra, 2006.

CHEURFA M., TIBERJ V., *Le concours d'entrée à Sciences Po. Inégalités d'accès et inégalités sociales*, Rapport à l'IEP de Paris, 2001.

CLEMENT J. –M., HOUILLON P., *Rapport d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises*, AN, n° 737, 2013.

COLLEGE DE LA DIVERSITE, *Promouvoir la diversité dans le secteur culturel. Le livre blanc du collège de la diversité*, Ministère de la Culture, 2017.

COLMOU A. –M., *L'encadrement supérieur de la fonction publique : vers l'égalité entre les hommes et les femmes*, Rapport au ministère de la Fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, 1999.

COMITE CONSULTATIF DE LA CONVENTION-CADRE POUR LA PROTECTION DES MINORITES NATIONALES, *Commentaire sur la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques*, ACFC/31DOC (2008) 001, 2008.

COMITE DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU :

- *Examen des rapports soumis par les États parties au titre de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, CCPR/C/FRA/CO/4/Add.1, 2009.
- *Constatations adoptées par le Comité au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2662/2015*, 2018.
- *Constatations adoptées par le Comité au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2807/2016*, 2018.

COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n° 20, E/C.12/GC/20, 2009.

COMITE INTERMINISTERIEL A L'EGALITE ET A LA CITOYENNETE, *Égalité et citoyenneté*, 6 mars 2015.

COMITE INTERMINISTERIEL A L'INTEGRATION, *Dossier de presse*, 2006.

COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, CERD/C/FRA/CO/17-19, 2010.

COMMISSARIAT GENERAL A L'ÉGALITE DES TERRITOIRES, *Guide méthodologique et cas pratiques : Prévention et lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, 2015.

COMMISSION EUROPEENNE :

- *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, n° COM/2001/0366 final, 2001.
- *Méthodes et indicateurs mesurant le rapport coût-efficacité des politiques de diversité en entreprise*, 2003.
- *Rapport sur l'égalité, la diversité et l'élargissement. Rapport sur les mesures pour combattre la discrimination dans les pays adhérents et candidats*, 2003.
- *Le cas commercial en faveur de la diversité. Bonnes pratiques sur le lieu de travail*, 2005.
- *Continuer dans la voie de la diversité. Les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, 2008.
- *Diversité des talents et de la compétitivité. Le cas commercial des PME en faveur de la diversité*, 2008.
- *Faire de la diversité un gage de talent et de compétitivité pour les PME*, 2008.
- *Diversité et innovation. Une opportunité commerciale pour tous*, 2009.
- *Initiatives volontaires en faveur de la diversité en Europe et pour l'Europe : le rôle des chartes de la diversité*, 2009.
- *Diversity within small and medium-sized enterprises best practices and approaches for moving ahead*, 2015.
- *Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières)*, n° (2017/C 215/01), 2017.

COMMISSION MONDIALE SUR L'AVENIR DU TRAVAIL, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, OIT, 2019.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME :

- *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, 2005.
- *Avis sur les statistiques « ethniques »*, 22 mars 2012.
- *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Rapport annuel 2015, 2016.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES :

- *Auditions réalisées par le groupe de travail sur la mesure de la diversité du 2 novembre 2006 au 1er février 2007*, 2007.
- *29e rapport d'activité – 2008*, 2009.
- DEFENSEUR DES DROITS, *Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances : Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi*, 2012.

CONSEIL D'ANALYSE STRATEGIQUE :

- *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, 2006.
- *Statistiques « ethniques » : éléments de cadrage*, 2006.

CONSEIL D'ÉTAT :

- *Sur le principe d'égalité*, Rapport public, 1997.
- *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, 1998.
- *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport public, 2002.
- *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, 2006.
- *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, Rapport public, 2008.
- *Le droit souple*, Rapport public, 2013.
- *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public, 2011.
- *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Étude publique, 2016.
- *Guide de légistique*, 3e éd., 2017.

CONSEIL D'ORIENTATION DES POLITIQUES DE RESSOURCES HUMAINES, *Mixité sociale, diversité et principe d'égal accès aux emplois publics : quelle ouverture des recrutements dans la fonction publique ?*, DGAFP, 2017.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Livre blanc sur le dialogue interculturel : Vivre ensemble dans l'égale dignité*, 2008.

CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL :

- HAUT CONSEIL A L'INTEGRATION, FONDS D'AIDE ET DE SOUTIEN POUR L'INTEGRATION ET LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *Écrans pâles ? Diversité culturelle et culture commune dans l'audiovisuel*, Paris, La Documentation française, 2004.
- *La représentation de la diversité des origines et des cultures à la télévision et à la radio. Bilan 2005*, 2006.
- *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2010*, 2011.

- *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio*, 2014.
- *Audiovisuel : comment mieux représenter la diversité de notre société ?*, Paris, CSA, 6 octobre 2015.
- *Baromètre de la présence des femmes. Vague 2014*, 2015.
- *Rapport au Parlement relatif à la représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2015*, 2016.
- *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2016*, Rapport au Parlement, 2017.
- *Baromètre de la diversité de la société française. Vague 2018*, 2018.
- *Refonder la régulation audiovisuelle*, 2018.
- *Baromètre de la diversité de la société française. Vague 2019*, 2020.
- *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2019 et Actions 2020*, Rapport au Parlement, 2020.
- *Baromètre de la diversité de la société française*. Vague 2020, 2021.
- *La représentation de la diversité de la société française à la télévision et à la radio. Exercice 2019 et actions 2020*, Rapport au Parlement, 2021.

CONSEIL SUPERIEUR DE L'ECONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE :
- *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016, Livret 1.
- *Guide définissant les conditions d'amélioration continue des bonnes pratiques des entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016, Livret 2.

COUR DES COMPTES,
- *Rapport sur l'éducation prioritaire*, 2018.
- *Un premier bilan de l'accès à l'enseignement supérieur dans le cadre de la loi orientation et réussite des étudiants*, Communication au comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'AN, 2020.

DAUNIS M., *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, relatif à l'économie sociale et solidaire*, Sénat, n° 563, 2014.

DEBET A., *Mesure de la diversité et protection des données personnelles*, Rapport à la CNIL, 2007.

DECHARNE M. – N., LIEDTS E., *Porter un prénom arabe ou musulman est-il discriminant dans l'enseignement supérieur ? Orientation et poursuite d'études dans l'enseignement supérieur du Nord-Pas-de-Calais*, Lille, Pôle Universitaire Lille Nord-Pas de Calais, Observatoire Régional des Études Supérieures, 2007.

DEFENSEUR DES DROITS :
- *Accès à l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé*, 2012.
- *Déconstruction des stéréotypes et des préjugés*, 2012.

- *Prévention des discriminations dans l'emploi. Guide pour les PME, les TPE et l'artisanat*, 2013.
- DIRECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *Bilan de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique*, 2015.
- *Guide pratique : agir pour l'égalité dans l'emploi. Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises*, 2015.
- *Rapport annuel d'activité 2015*, 2016.
- *Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi*, 2017.
- *Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable*, 2017
- *Enquête sur l'accès aux droits. Relations police/population : le cas des contrôles d'identité*, 2017.
- *Le harcèlement discriminatoire au travail. Fiche pratique à destination des employeuses et des employeurs*, 2018.
- *Guide pour un recrutement sans discrimination*, 2019.
- *Inégalités d'accès aux droits et discriminations en France. Contributions de chercheurs à l'enquête du Défenseur des droits*, t. 1, 2019.
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, 2020.
- *Rapport discriminations et origines : l'urgence d'agir*, 2020.

DE RUDDER V., TERSINI S., VOURC'H F., *Racial and ethnic minorities, immigration and the role of trade unions in combating discrimination and xenophobia. Third Report : Results of Sector B fieldwork and analysis*, URMIS, 2005.

DELEGATION GENERALE A L'EMPLOI ET A LA FORMATION POFESSIONNELLE, ASSOCIATION FRANÇAISE DE NORMALISATION, *Avec le label diversité, valorisez votre engagement pour prévenir les discriminations*, 2015.

DELEGATION INTERMINISTERIELLE A LA LUTTE CONTRE LE RACISME, L'ANTISEMITISME, *2013 : une première année d'action pour apprendre à mieux vivre ensemble*, Rapport d'activité du Délégué interministériel, 2014.

DESCAMPS-CROSNIER F., *La force de l'égalité. Les inégalités de rémunération et de parcours professionnels entre femmes et hommes dans la fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2016.

DESCAMPS-CROSNIER F., *La force de l'égalité. Les inégalités de rémunération et de parcours professionnels entre femmes et hommes dans la fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2016.

DESFORGES C., CHALVRON J. –G., BLAIS N., *Rapport de la mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique de l'État*, Rapport au ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, au secrétariat d'État à la Fonction publique et à l'Inspection générale de l'administration, 2008.

DHUME F., HAMDANI K., *Vers une politique française de l'égalité. Rapport du groupe de travail « Mobilités sociales » dans le cadre de la « Refondation de la politique d'intégration »*, Rapport au ministre de l'Emploi, du Travail, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, et à la ministre déléguée à la Réussite éducative, 2013.

DIRECTION DE L'ANIMATION DE LA RECHERCHE, DES ÉTUDES ET DES STATISTIQUES, « L'apprentissage en 2016 – Une stabilisation des entrées dans la construction après sept années de baisse », *Résultats*, n° 57, 2017.

DIRECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE :

- *Guide pratique des concours administratifs à l'usage des présidents et membres de jurys*, 2010.
- *La diversité dans la fonction publique*, Bureau de la communication et de la documentation, 2010.
- *Guide pratique des concours administratifs à l'usage des présidents et membres de jurys*, 2015.
- *L'apprentissage dans la fonction publique de l'État. Guide pratique à l'usage des services des ressources humaines*, 2e éd., 2017.
- *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Faits et chiffres*, 2017.
- *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Politiques et pratiques de ressources humaines. Faits et chiffres*, 2018.
- *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations et la prise en compte de la diversité de la société française dans la fonction publique. Édition 2018*, 2019.
- *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Politiques et pratiques de ressources humaines. Faits et chiffres*, 2020.

DORNE-CORRAZE M. (dir.), *L'organisation et le pilotage des recrutements au sein de la fonction publique de l'État*, Rapport du comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, 2008.

DOYTCHEVA M., CARADEC V., *De la lutte contre les discriminations ethnoraciales à la « promotion de la diversité » Une enquête sur le monde de l'entreprise*, Lille, DREES, MIRE, 2008.

EBERHARD M., MEURS D., SIMON P., *Construction d'une méthodologie d'observation de l'accès et du déroulement de carrière des générations issues de l'immigration dans la fonction publique*, INED, Rapport à l'ACSÉ, 2008.

ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION :

- *Rapport d'activité 2016*, 2017.
- *Rapport d'activité 2017*, 2018.
- *Contrat d'Objectifs et de Performance 2017-2019*.

ÉCOLE POLYTECHNIQUE, *Rapport d'activité 2015-2016. Cordée de la Réussite : « Une Grande École, Pourquoi Pas Moi ? »*, 2016.

ESTROSI SASSONE D., GATEL F., *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, Sénat, n° 827, 2016.

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE :

- *Rapport de l'ECRI sur la France*, quatrième cycle de *monitoring*, CRI (2010) 16, 2010.
- *Implementation Checklist for Diversity Management. Support for voluntary initiatives promoting diversity management at the workplace across the EU*, 2012.
- *Les chartes de la diversité en Europe : Comprendre les avantages pour l'entreprise*, 2012.
- *Assessing Diversity Impact in Business*, 2014.
- *Overview of Diversity Management implementation and impact amongst Diversity Charter signatories in the European Union*, 2014.

FAUROUX R., *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Rapport au ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005.

FRANCE STRATEGIE :

- *Quelle France dans dix ans ? Les chantiers de la décennie*, 2014.
- *Contrat d'objectifs et de moyens 2016-2020*, 2016.
- *La RSE, démarche de dialogue et levier de transformation*, 2019.

GEOFFROY G., *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la diversité du recrutement dans la gendarmerie et la police nationales*, AN, n° 3999, 2011.

GILLOT D., *Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'enseignement supérieur et à la recherche*, Sénat, n° 659, 2013.

GOUVERNEMENT, *10 ans Label diversité. Public, privé : les employeurs s'engagent contre les discriminations*, 2019.

GROUPE « ARTICLE 29 » :

- *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*, n° 17/FR WP 248 rév. 01, 2017.
- *Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement*, n° 17/FR WP259 rév.01, 2018.

GROUPE D'EXPERTS INDEPENDANTS DE HAUT NIVEAU SUR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, Commission européenne, 2019.

GRÜNDLER T. :

- DUMORTIER T., *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, ARDIS, 2016.

- THOUVENIN J. –M., *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016.

GUEGOT F., *L'égalité professionnelle hommes-femmes dans la fonction publique*, Rapport au Président de la République, 2011.

GUILLOU B., PADIOLEAU J. -G., *La régulation de la télévision*, Paris, La Documentation française, 1988.

HAMMADI R. :
- *Rapport fait au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi « égalité et citoyenneté »*, AN, n° 3851, 2016.
- BIES P., CHAPDELAINE M. –A., *Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, en nouvelle lecture, le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à l'égalité et la citoyenneté*, AN, n° 4191, 2016.

HAMOUDI S., *L'apport économique des politiques de diversité à la performance de l'entreprise : le cas des jeunes diplômés d'origine étrangère*, Paris, CESE, 2014.

HAUT CONSEIL A L'INTEGRATION :
- *Les étrangers et l'emploi*, Rapport au Premier Ministre, 1993.
- *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, Rapport au Premier Ministre, 1998.
- *Le contrat et l'intégration*, Rapport au Premier ministre, 2004.
- *Charte de la laïcité dans les services publics et autres avis*, Avis au Premier Ministre, 2007.
- *Études et intégration — Faire connaître les valeurs de la République. Les élus issus de l'immigration dans les conseils municipaux (2001-2008)*, Rapport au Premier ministre, 2009.
- *Une culture ouverte dans une République indivisible. Les choix de l'intégration culturelle*, Avis au Premier ministre, 10 octobre 2012.
- *Rapport annuel du Haut conseil à l'intégration pour le second semestre de l'année 2011 et l'année : Intégrer dans une économie de sous-emploi*, 2013, vol. 2, t. 1.

HAUTE AUTORITE DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'EGALITE :
- CONSEIL NATIONAL DE L'HABITAT, *Conférence de consensus sur la diversité sociale dans l'habitat*, 2007.
- *Les discriminations dans l'emploi, le logement et l'éducation : bilan de l'année européenne*, 2007.
- *Bilan de la politique de gestion des ressources humaines menée par les sociétés nationales de programme afin de lutter contre les discriminations et de mieux refléter la diversité de la société française*, 2009.
- *Des pratiques pour l'égalité des chances. Que répondent les entreprises à la Halde ?*, n° 4, 2010.

HENART L., *Développer les formations en alternance dans le secteur public*, Rapport au Premier ministre, 2009.

HERAN F. (dir.), *Inégalités et discriminations Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, Rapport du COMEDD au commissaire à la Diversité et à l'Égalité des chances, 2010.

HIRSCH M. (dir.), *Rapport du Comité stratégique « Diversité sociale et territoriale dans l'enseignement supérieur »*, Rapport au ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation, 2020.

INSTITUT NATIONAL DES ETUDES TERRITORIALES, *Égalité professionnelle hommes-femmes : des clés pour agir*, Cahier des élèves administrateurs territoriaux, 2013.

KALLENBACH S., LEROY E., *Étude comparative entre le label européen « HRS4R » et les labels nationaux « Égalité professionnelle entre les hommes et les femmes » et « Diversité »*, IGAS, Rapport à la ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, n° 2019-061, 2019.

KIRSZBAUM T., *Mixité sociale dans l'habitat, Revue de la littérature dans une perspective comparative*, HALDE, Études et recherches, 2008.

L'HORTY Y., *Les discriminations dans l'accès à l'emploi public*, Rapport au Premier ministre, 2016.

LABAYE E., *Synthèse sur la mission de diversité sociale par l'École Polytechnique*, Rapport à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche et à la ministre des Armées, 2019.

LAMURE E., LE NAY J., *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux entreprises sur le thème « Comment valoriser les entreprises responsables et engagées ? »*, Sénat, n° 572, 2020.

LE BRIS R. –F., *Propositions pour une réforme de la formation des agents de l'État*, Rapport au ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique et au Secrétaire d'État chargé de la fonction publique, 2009.

LEXCELLENT P., *Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité*, CESE, 2018.

LORD CHIEF JUSTICE, *Judicial Diversity Committee of the Judges' Council, Report on Progress April 2016 — March 2017Action Plan April 2017 — March 2018*, 2017.

LOZES P., WIEVIORKA M., *Lutte contre le racisme et le communautarisme*, Rapport au ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer et des Collectivités territoriales et au ministre des Affaires étrangères et européennes, 2010.

MACE E., *Étude de la perception de la diversité dans les programmes de télévision*, Rapport au CSA, 2008.

MALONGO M. – F., *Présence et représentation des minorités visibles à la télévision française*, CSA, 2000.

MARRY C., BERENI L., JACQUEMART A., REVILLARD A., *Le plafond de verre dans les ministères. Une analyse de la fabrication organisationnelle des dirigeant.e.s*, Rapport à la DGAFP, 2014.

MATHIEU C., BARTH I., *Concevoir et déployer des actions en diversité : Etude des conditions d'une politique de la diversité*, AFMD, ACSÉ, 2009.

MAZUYER E. (dir.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2017.

MERCAT-BRUNS M., PERELMAN J. (dir.), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2016.

MEURS D., HERAN F., *Diversité et parité au ministère de l'Intérieur. Rapport final*, INED, 2009.

MEZARD M., MOGNOL P., PINTON J. –F. ZALIO P. –P., *Diversité sociale dans les Écoles normales supérieures*, Rapport à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche et à la ministre des Armées, 2019.

MINC A., *La France de l'an 2000*, Paris, Éditions Odile Jacob, Rapport au Premier ministre, 1994.

MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE, *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, 2014.

MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET DE LA JEUNESSE, MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR, DE LA RECHERCHE ET DE L'INNOVATION, *Parcoursup : Les taux fixés par le recteur dans la phase d'admission de parcoursup. Définition et principes de mise en œuvre*, 2020.

MINISTERE DE L'EMPLOI, DU TRAVAIL ET DE LA COHESION SOCIALE, *Plan de cohésion sociale*, 2004.

MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE :

- ET DE LA REFORME DE L'ÉTAT, *L'observatoire de l'emploi public*, Rapport annuel, 2001.
- *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État*, 2005.
- *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-238 du 3 mars 2021 favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public*, 2021.
- Talents du service public, Dossier de presse, 2021.

MINISTERE DE LA VILLE, DE LA JEUNESSE ET DES SPORTS, *Guide pratique de la lutte contre les discriminations,* 2017.

MINISTERE DU TRAVAIL :

- *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées*, 2017, version employeurs.
- MINISTERE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, MINISTERE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, 2018.
- MINISTERE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, MINISTERE DE L'INTERIEUR et *alii*., *10 ans Label diversité. Public, privé : les employeurs s'engagent contre les discriminations,* 2019.

MORDOHAY F. –O., BESNARD C., *Guide méthodologique et cas pratiques. Prévention et lutte contre les discriminations dans les contrats de ville,* CGET, 2015.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES :

- *Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu*, Groupe de travail du Comité des échanges, n° TD/TC/WP(99) 56/FINAL, 2000.
- *La gouvernance au XXI^e siècle,* 2001.
- *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, 2001.
- *Programme international pour le suivi des acquis des élèves (PISA). Résultats pour 2018 – France*, 2019.

ÓLAFSSON S., « Iceland: Equal pay certification legalised, ESPN Flash Report 2017/55 », *European Social Policy Network Flash Report*, n° 2017/55, 2017.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Rapport national présenté conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16/21 du Conseil des droits de l'homme*, Rapport de la France, n° A/HRC/WG.6/15/FRA/1, 2012.

PECAUT-RIVOLIER L., *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise. Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport au ministère du Travail, au ministère de la Justice et au ministère des Droits des Femmes, 2013.

PIROT D., *L'apprentissage en alternance dans les collectivités locales : constats et propositions d'évolution*, Rapport au Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, 2013.

POCHARD M., *La diversification des modes de recrutement de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'État*, Rapport au Premier ministre, 2007.

POUGET J., *L'emploi public s'est-il diversifié ? Sexe, niveau d'étude, origine sociale et origine nationale des salariés de la fonction publique et des collectivités territoriales*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la réforme de l'État, 2004.

PREMIER MINISTRE :

- *Fiches-Comité interministériel de lutte contre le racisme et l'antisémitisme*, 2013.

- *Politique d'égalité républicaine et d'intégration. Feuille de route du gouvernement du 11 février 2014*, 2014.

RICHARD C. J., TROUILLY P., *Développer et pérenniser l'apprentissage dans la fonction publique*, Rapport au Premier ministre, 2015.

ROUBAN L., *Les députés de 2012 : quelle diversité ?*, CEVIPOF, 2012.

ROUSSELLE O., *Les écoles de service public et la diversité*, Rapport au Premier ministre, 2017.

SABEG Y., *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances*, Rapport au Président de la République, 2009.

SAÏD S. M., PERICARD E., *Intégrer la lutte contre les discriminations dans les contrats de ville*, DRJSCS Poitou-Charentes, 2015.

SCIBERRAS J. –C. :
- BARBEZIEUX P., *Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social et au ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, 2015.
- *Rapport sur le suivi de la mise en œuvre des propositions du groupe de dialogue sur la lutte contre les discriminations en entreprise*, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social et au ministère de la Ville, de la Jeunesse et des Sports, 2016.

SCIENCES PO, *Les conventions d'éducation prioritaire. Un dispositif unique*, 2018.

SECRETARIAT GENERAL DES MINISTERES SOCIAUX, *Rapport annuel diversité*, 2016.

SILICANI J. –L., *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, Rapport au ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique et au secrétariat d'État à la Fonction publique, 2008.

SIMON P. :
- (dir.), *Étude comparative de la collecte de données visant à mesure l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*, Rapport à la Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, 2004.
- CLEMENT M., *Rapport de l'enquête « Mesure de la diversité ». Une enquête expérimentale pour caractériser l'origine*, INED, 2006.

SPITZ B., *Médias et diversités. Rapport de la Commission Médias et Diversités*, Rapport au Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, 2010.

SYLLA F., *L'emploi des jeunes des quartiers populaires*, Avis et rapports du Comité économique et social, n° 25, 2008.

TAYLOR C., BOUCHARD G., *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Rapport au Premier ministre du Canada, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2007.

THIRIEZ F., MEAUX F., LAGNEAU C., *Mission Haute Fonction Publique*, Rapport au Premier ministre, 2020.

TIBERJ V., *Sciences Po, dix ans après les Conventions Éducation Prioritaire*, Rapport à l'IEP de Paris, 2011.

UNION EUROPEENNE, *Gouvernance européenne — Un livre blanc*, COM/2001/0428 final, JO n° 287, 2001.

VEIL S., *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, 2008.

VERSINI D., *Rapport sur la diversité dans la fonction publique*, Rapport au ministère de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, 2004.

VILLANI C., *Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne*, Rapport au Premier ministre, 2018.

VILLE C., DUPAYS S., DESFORGES C., MARTIN H., PLAUD A., BENAC M., COLLIGNION J. –P., *Les freins non financiers au développement de l'apprentissage*, Rapport aux ministères de l'Éducation nationale, du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social et de la Réforme de l'État, de la Décentralisation et de la Fonction publique, 2014.

VILLE DE LYON, NANTES METROPOLE, VILLE DE NANTES, *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans l'emploi à travers les clauses des marchés publics. « Projet BUYDIS » : un premier guide pour les collectivités*, 2014.

VINÇON S., *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur l'avenir du service national*, Sénat, n° 349, 1996.

WAGNER I., *Certified Equality. The Icelandic Equal Pay Standard*, Institute for Social Research, 2018.

WIEVIORKA M., *Rapport à la Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche sur La Diversité*, Paris, Robert Laffont, 2008.

B – Acteurs privés

ACCENTURE, *Une grande école pourquoi pas moi ? Un programme qui fait bouger les lignes*, Accenture, 2012.

ACTIONAID, LES AMIS DE LA TERRE FRANCE, AMNESTY INTERNATIONAL, CCFD-TERRE SOLIDAIRE, COLLECTIF ETHIQUE SUR ETIQUETTE, SHERPA, FORUM CITOYENS POUR LA RSE, *Loi*

sur le devoir de vigilances des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Année 1 : Les entreprises doivent mieux faire, 2019.

ALPHA, *Législation française sur la transparence des entreprises : dixième bilan d'application*, 2014.

ANDRE K., *Une grande école : pourquoi pas moi ? Dix ans après : quel impact sur les tuteurs et les tutorés ?*, ESSEC, 2012.

ASSOCIATION FRANÇAISE DE NORMALISATION :

- *Guide de lecture du cahier des charges du label Diversité à l'usage des TPE & PME*, 2010.
- *Label diversité. Conditions générales de labellisation*, v. 2, 2012.
- Norme NF X50-902, mai 2013 *Politique des ressources humaines pour la promotion de la diversité et de la prévention des discriminations — Mesurer les effets d'une politique diversité — Politique des ressources humaines pour la promotion de la diversité de la prévention des discriminations*.
- *« 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*, version 1, 24 décembre 2015.
- *« 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*, version 1, 24 décembre 2015.
- *« Label Diversité » et « Label Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes » : Cahier des charges applicable à l'Etat 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*, version 1, 24 décembre 2015.
- *L'ISO 26000 en 10 questions*, 2016.

ASSOCIATION FRANÇAISE DES MANAGERS DE LA DIVERSITE :

- OBSERVATOIRE DE LA RESPONSABILITE SOCIETALE DES ENTREPRISES, *Les systèmes de traitement des réclamations liées à la discrimination*, 2013.
- *Nos différences font toute la différence. Devenez incollable sur la diversité*, AFMD, 2014.
- *Manager la diversité en métropole lyonnaise*, 2019.

ASSOCIATION NATIONALE DES ETUDES FEMINISTES, *Le genre dans l'enseignement supérieur et la recherche*, Paris, La Dispute, 2014.

AUBRUN M., BERMOND F., *ISO 26 000 Responsabilité sociétale. Comprendre, déployer, évaluer*, AFNOR, 2010.

BARGAIN C., BEAUREPAIRE M., PRUD'HOMME D., *Recruter avec des algorithmes ? Usages, opportunités et risques*, AFMD, 2019.

BARTH I., MATHIEU C., *Concevoir et déployer des actions en diversité : Étude des conditions d'une politique de la diversité*, AFMD, 2009.

BENICHOU S., SABBAGH D., KOHLER I., *Égalité de traitement dans l'emploi : Les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine*, French-American Foundation, 2009.

BERENI L., PRUD'HOMME D., *La fonction diversité. Enjeux, compétences et trajectoires*, AFMD, 2017.

BLIVET L., *Ni quotas, ni indifférences : les entreprises et l'égalité positive*, Institut Montaigne, 2004.

CASINO, *L'orientation sexuelle et l'identité de genre : comprendre et agir dans l'entreprise*, 2012.

CATALIST, *The Bottom Line : Connecting Corporate Performance and Gender Diversity*, 2004.

CEDIEY E., FORONI F., *Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à l'origine et au sexe. Résultat d'une recherche-action au sein du groupe Casino*, Lyon, ISM-CORUM, 2005.

CENTRE EGALITE DES CHANCES, *Rapport d'activité 2018-2019*, 2019, ESSEC.

CONFEDERATION FRANÇAISE DEMOCRATIQUE DU TRAVAIL, INTERCE FORCES, *Construire un accord d'entreprise sur la diversité et contre les discriminations. Outil à l'usage des élus de CE et délégués syndicaux*, 2008.

CONSEIL REPRESENTATIF DES ASSOCIATIONS NOIRES DE FRANCE :

- TNS SOFRES, *Les discriminations à l'encontre des populations noires de France*, CRAN, 2007.
- BANLIEUE CITOYENNE, *Enquête exclusive du CRAN et Banlieue citoyenne sur les législatives et la diversité*, 2012.
- INSTITUT FRANÇAIS D'OPINION PUBLIQUE, *Préfets et Ambassadeurs. Parité & Diversité dans la haute fonction publique*, 2012.
- *Parité & Diversité, Maires & adjoint. e. s*, 2014.
- *Conseils généraux et diversité : Enquête sur l'apartheid français*, 2015.
- REPUBLIQUE ET DIVERSITE, *Le CAC 40, parité, diversité*, 2015.

CORNET A. :

- WARLAND P., *La gestion de la diversité des ressources humaines dans les entreprises et organisations*, Lièges, Édition de l'Université de Liège, 2008.
- (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD, ORSE, 2014.

COULON A., PRUD'HOMME D., SIMON P., *Le racisme et la discrimination raciale au travail*, AFMD, 2018.

COURAU T. –M. (dir.), *Entreprise et diversité religieuse. Un management par le dialogue*, AFMD, 2013.

DARDELET C., *Ouverture sociale des grandes écoles. Livre blanc des pratiques. Premiers résultats et perspectives*, CGE, 2010.

DELOITTE, *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, Centre d'analyse stratégique, 2010.

DJABI A., *Le label diversité : un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations : Obtenir et maintenir la labellisation*, AFNOR, FACE, 2014.

ÉCOLE SUPERIEURE DES SCIENCES ECONOMIQUES ET COMMERCIALES : *Le tutorat étudiant du programme Une grande école : pourquoi pas moi ?*, ESSEC, Présentation complète du programme PQPM version 2. ESSEC, *Give meaning to the leadership of tomorrow*, 2019.

FOND D'INTERVENTION REGIONAL, EUROPEAN SUSTAINABLE INVESTMENT FORUM, ASSOCIATION FRANÇAISE DE LA GESTION FINANCIERE, *Code de transparence pour les fonds ISR ouverts au public*, 2018.

GARNER-MOYER H., *Réflexions autour du concept de diversité. Éclairer pour mieux agir*, AFMD, 2012.

GEISS R., KESLASSY E., LAURENT D., *Ouvrir les grandes écoles à la diversité*, 2006.

GOOGLE, *Google Diversity Annual Report 2020*, 2021.

HAUT COMITE DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE, *Guide d'application du Code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de janvier 2020*, 2020.

HONORE L., *Religion au travail : croire au dialogue. Baromètre du Fait Religieux en Entreprise*, Institut Montaigne, 2019.

INSTITUT DU MECENAT DE SOLIDARITE- ENTREPRENDRE POUR LA CITE :

- *Non-discrimination et gestion de la diversité dans les entreprises en France*, IMS, 2004.
- *Analyse du contenu des accords d'entreprises en lien avec la diversité en France*, 2006.
- *Les accords diversité, enjeux et pratiques*, 2008.
- *Gérer la diversité religieuse en entreprise*, 2009.
- *Marketing Identitaire Cibler ou intégrer les différences ?*, 2010.
- *Les stéréotypes sur les origines. Comprendre et agir dans l'entreprise*, 2014.

INSTITUT MONTAIGNE, *Dix ans de politiques de diversité : quel bilan ?*, 2014.

INTER SERVICE MIGRANTS CORUM :

- *Résultats du testing sollicité par le Groupe Casino. Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à « l'origine »*, 2008.
- *Résultats du testing sollicité en 2011 par le Groupe Casino*, 2011.
- *Guide de bonnes pratiques relatif aux actions mises en œuvre pour prévenir les risques de discriminations dans les recrutements*, 2017.

KESLASSY E. :

- *Ouvrir la politique à la diversité*, Institut Montaigne, 2009.

- *Quelle place pour les minorités visibles ? Retour sur les élections régionales de mars 2010*, Institut Montaigne, 2010.

LAUFER J. (dir.), *Femmes dirigeantes en entreprise : des parcours aux leviers d'action*, AFMD, 2014.

LE SOCIAL LAB, CENTRE EGALITE DES CHANCES DE L' ÉCOLE SUPERIEURE DES SCIENCES ECONOMIQUES ET COMMERCIALES, *Évaluation de trouve ta voie. Rapport final d'évaluation*, 2019.

LES ENTREPRISES POUR LA CITE, *Gérer la diversité religieuse en entreprise*, 2017.

MATHIEU C., BARTH I., *Concevoir et déployer des actions en diversité : Etude des conditions d'une politique de la diversité*, AFMD, ACSÉ, 2009.

MAZARS, *Pratiques et tendances de reporting extrafinancier en France*, Baromètre n° 10, 2020.

MIDDLENEXT, *Code de gouvernement d'entreprise*, 2016.

MIXITY, *Étude 2021 des tendances de la diversité et de l'inclusion*, 2021.

MOUVEMENT DES ENTREPRISES DE FRANCE :
- *Guide Reporting RSE : Les nouvelles dispositions légales et réglementaires*, 2012.
- *Promotion des diversités…entreprendre autrement*, 2014.

NASCHBERGER C., BELLION D., *Comment gérer l'emploi des personnes en situation de handicap ?*, AFMD, 2010.

NDOYE S., *Du contrat de génération au management intergénérationnel*, AFMD, 2015.

NOVETHIC :
- *À la recherche de la diversité dans les rapports du CAC 40… Diversité et non-discrimination dans le reporting développement durable des entreprises du CAC 40*, 2005.
- *Entreprises controversées. Les listes noires d'investisseurs changent-elles la donne ?*, 2013.

OBEA, *Bilan diversité 2019. Enquête auprès des signataires de la Charte de la Diversité*, 2019.

OBSERVATOIRE DE LA RESPONSABILITE SOCIETALE DES ENTREPRISES :
- *Répertoire. Prévention des discriminations et promotion de la diversité dans les entreprises*, 2011.
- *Informations sur le fait religieux en entreprise*, 2016.

OBSERVATOIRE DES MULTINATIONALES, *CAC40 : le véritable bilan annuel*, 2019.

OREE :
- *Deuxième année d'application du dispositif français de reporting extrafinancier : Bilan et perspectives*, Orée, 2014.

- *Troisième année d'application du dispositif français de reporting extrafinancier : Bilan et perspectives*, Orée, 2015.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite, le "label" social et d'autres initiatives émanant du secteur privé en rapport avec les questions sociales, Groupe de travail sur la dimension sociale de la libéralisation du commerce international », nº GB.273/WP/SDL/1 (Rev.1), 1998.

PALT A., *Rapport annuel diversité*, AFMD, 2011.

PASSEPORT AVENIR, CONFERENCE DES GRANDES ECOLES, *Baromètre de l'ouverture sociale des grandes écoles*, 2015.

RIVAULT M., *La diversité dans les achats. Une source de performance durable*, AFMD, 2016.

SABEG Y., MEHAIGNERIE L., *Les oubliés de l'égalité des chances. Participation, pluralité, assimilation… ou repli ?*, Institut Montaigne, 2004.

SCHARNITZKY P., STONE P., *L'inclusion dans les organisations : de la posture à la pratique*, AFMD, 2018.

SIBIEUDE T., LOUVEAUX F., DARDELET C., *Une grande école : pourquoi pas moi ? Bilan d'étape janvier 2003 — janvier 2008*, ESSEC, 2008.

TEYSSIER J. –P., *La régulation professionnelle : des règles non-étatiques pour mieux responsabiliser*, Paris, Fondapol, 2011.

UNION DES EMPLOYEURS DE L'ECONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE, *L'économie sociale et solidaire au-devant de la diversité : de l'engagement aux pratiques*, UDES, 2009.

VALFORT M. –A., *Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité*, Institut Montaigne, 2015.

VAN DEN ABEELE E., *Integrating social and environmental dimensions in public procurement : one small step for the internal market, one giant leap for the EU ?*, Etui., Working Paper nº 2014.08, 2014.

VEOLIA, *Document d'enregistrement universel (URD) 2019. Rapport financier annuel*, 2019.

ZANNAD H., STONE P., *Mesurer la discrimination et la diversité. Éléments de réponse*, AFMD, 2009.

ZUNE M., *Gérer la diversité du genre et de l'âge dans les équipes IT*, AFMD, 2013.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES DÉCISIONS, ARRÊTS, JUGEMENTS, AVIS ET DÉLIBÉRATIONS

§ 1 – CONSEIL CONSTITUTIONNEL 773
§ 2 – JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES 775
A – Conseil d'État 775
B – Juridictions de fond 777
§ 3 – JURIDICTIONS JUDICIAIRES 778
A – Cour de cassation 778
B – Juridictions de fond 780
§ 4 – JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE 783
§ 5 – JURIDICTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE 785
§ 6 – AUTORITÉS INDÉPENDANTES 787
§ 7 – AUTRES 793

§ 1 – CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const., 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*.

Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*.

Cons. const., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Quotas par sexe*.

Cons. const., 12 janvier 1983, n° 82-151 DC, *Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'élection des conseils municipaux dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et de la Polynésie française*.

Cons. const., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*.

Cons. const., 30 août 1984, n° 84-178 DC, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*.

Cons. const., 12 septembre 1984, n° 84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*.

Cons. const., 16 janvier 1986, n° 85-204 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*.

Cons. const., 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, *Loi portant amnistie*.

Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*.

Cons. const., 21 février 1992, n° 92-305 DC, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

Cons. const., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*.

Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC du, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*

Cons. const., 15 juin 1999, n° 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*.

Cons. const., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, *Loi organique relative au statut des magistrats*.

Cons. const., 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*.

Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*.

Cons. const., 29 décembre 2003, n° 2003-489 DC, *Loi de finances pour 2004.*

Cons. const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

Cons. const., 24 avril 2004, n° 2003-471 DC, *Loi relative aux assistants d'éducation*.

Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*.

Cons. const., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.*

Cons. const., 15 février 2007, n° 2007-547 DC, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*.

Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

Cons. const., 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*.

Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-94 QPC, *M. Robert C.*,

Cons. const., 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*.

Cons. const., 13 juin 2014, n° 2014-401 QPC, *M. David V.*

Cons. const., 24 avril 2015, n° 2015-465 QPC, *Conférence des présidents d'université*.

Cons. const., 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

Cons. const., 3 avril 2020, n° 2020-834 QPC, *Union nationale des étudiants de France*.

Cons. const., 21 mai 2021, n° 2021-818 DC, *Loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion*.

§ 2 – JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

A – Conseil d'État

CE, ass., 29 janvier 1954, n° 7134, *Notre-Dame du Kreisker*.

CE, ass., 28 mai 1954, n° 28238, *Barel*.

CE, sect.,10 mai 1974, , n° 88032 et 88148, *Denoyez et Chorques*.

CE, ssr, 20 février 1985, n° 43657, *Fontaine*.

CE, ssr., 10 janvier 1986, n° 62161, *Fédération nationale des travailleurs de l'État CGT*.

CE, ssr., 14 mars 1986, n° 52 793, *Syndicat national des directeurs d'écoles de pédicurie-podologie*.

CE, ssr., 2 mars 1988, n° 61534, *Blet et Sabiani*.

CE, ass., 16 décembre 1988, n° 77713, *Bleton et autres*.

CE, ssr., 14 février 1990, n° 104275, *Fédération syndicaliste Force Ouvrière de la défense, des industries de l'armement et secteurs assimilés*.

CE, ass., 21 décembre 1990, n° 72834 et 72897, *Amicale des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud et autres et Association des anciens élèves de l'École nationale d'administration*.

CE, ssr, 21 janvier 1991, n° 103427, *Mlle Stickel* ; CE, ss, 10 décembre 1993, n° 147574, *Zanone*.

CE, avis, 6 juillet 1995, n° 357466, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*.

CE, ssr., 10 mai 1996, n° 159979, *Fédération nationale des travaux publics*.

CE, sect., 28 mars 1997, n° 179049, *Société Baxter*.

CE, sect., 11 juin 1999, n° 195706, *Chicard*.

CE, avis, ssr., 3 mai 2000, n° 217017, *Demoiselle Marteau*.

CE, ss, 23 février 2001, nº 207557, *M. L.*

CE, ssr., 25 juillet 2001, nº 229666, *Commune de Gravelines.*

CE, sect., 18 décembre 2002, nº 233618, *Duvignères*.

CE, ass., 12 décembre 2003, nº 245607, *Billiemaz et a*.

CE, ord., 6 mars 2006, nº 289947, *United Sikhs.*

CE, ss., 22 juin 2007, nº 290173, *Margaret A.*

CE, sect., 17 septembre 2007, nº 291548.

CE, ssr., 19 février 2009, nº 311633.

CE, ssr., 10 avril 2009, nº 311888, *El Haddioui*.

CE, ass., 30 octobre 2009, nº 298348, *Mme Perreux*.

CE, ass., 1er avril 2010, avis nº 383.265, *Demande d'avis sur la licéité de la mise en œuvre d'une collecte de données sous la forme de questionnaires anonymes dès la source et recueillis sur la base du volontariat pour l'établissement de mesures de la diversité*.

CE, ass., 22 octobre 2010, nº 301572, *Mme B.*

CE, ssr., 24 janvier 2011, nº 308753. *Mme Constanty*.

CE, ssr., 9 février 2011, nº 317314, *Piazza*.

CE, ssr., 23 décembre 2011, nº 346629.

CE, ssr, 11 juillet 2012, nº 347703.

CE, ssr., 26 décembre 2012, nº 358226, *Association « Libérez les Mademoiselles ! »*.

CE, sect., 8 mars 2013, nº 355 788, *Syndicat des cadres de la fonction publique*.

CE, ss., 25 mars 2013, nº 364950, *Département de l'Isère*.

CE, ssr., 17 mai 2013, nº 356489.

CE, srr., 3 juillet 2013, nº 360255.

CE, ss., 20 novembre 2013, nº 362879, *DCNS*.

CE, ass., 4 avril 2014, nº 362785, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie c. M. Z.*

CE, ssr., 26 janvier 2015, nº 373746, *Slama*.

CE, sect., 4 février 2015, nº 383267.

CE, ssr., 11 mars 2015, n° 383062.

CE, avis, 31 juillet 2015, n° 390.268, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*.

CE, ssr., 10 février 2016, n° 385929.

CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368083, 368084, *Sté Fairvesta International*.

CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numéricable*.

CE, sect., 13 juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez*.

CE, ord., 26 août 2016, n° 403578.

CE, ssr., 28 juillet 2017, n° 390740.

CE, chr., 16 octobre 2017, n° 383459.

CE, chr., 15 novembre 2017, n° 403275.

CE, avis, 7 décembre 2017, n° 393836, *Avis sur un projet d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

CE, ch., 25 mai 2018, n° 417580, *Nantes Métropole*.

CE, avis, 21 mars 2019, n° 397088 *sur le projet de loi de transformation de la fonction publique*.

CE, ass., 19 juillet 2019, n° 426389, *Le Pen*.

CE, chr., 8 novembre 2019, n° 401264.

CE, ch., 20 décembre 2019, n° 428290.

CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*.

CE, chr., 25 novembre 2020, n° 434920.

CE, sect., 21 juin 2021, n° 428321, *Société Forseti*.

B – Juridictions de fond

CAA Bordeaux, 1 décembre 1997, n° 95BX00498.

CAA Paris, plén., 6 novembre 2003, n° 02PA02821, *UNI*.

CAA Douai, ch., 29 novembre 2011, n° 10DA01501, *Région Nord-Pas-de-Calais*.

CAA Nantes, 19 juillet 2012, n° 10NT01075 et 10NT01076.

CAA Nantes, 10 janvier 2013, nº 10NT01069 et 10NT01070.

CAA Lyon, 23 octobre 2018, nº 17LY03323.

TA Paris, 4 juillet 2002, nº 0115922.

TA Rouen, 3 juin 2009, nº 0801089, *Ternagoult*.

TA Montreuil, 22 novembre 2011, nº 1012015.

TA Nice, 9 juin 2015, nº 1305386.

TA Paris, 3 février 2021, nº 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

TA Paris, 15 avril 2021, nº 2107186/5-3.

§ 3 – JURIDICTIONS JUDICIAIRES

A – Cour de cassation

Soc., 16 décembre 1981, nº 79-41.300.

Soc., 29 mai 1986, nº 83-45.409.

Civ. 3, 4 octobre 1989, nº 88-11.559, *M. Romani c. M. Pieri et autre*.

Soc., 8 avril 1992, nº 90-41.276.

Soc., 24 novembre 1992, nº 91-40548.

Soc., 13 octobre 1993, nº 89-43.989.

Civ. 2, 8 juin 1994, nº 92-19546.

Civ. 1, 28 mars 1995, nº 93-12.678.

Soc., 24 mars 1998, nº 95-44.738.

Ch. mixte, 10 avril 1998, nº 97-17.870, *Front national de la Police*.

Soc., 10 février 1999, nº 96-42.998.

Crim., 12 sept. 2000, nº 00-80.175.

Soc., 14 novembre 2000, nº 98-41.012.

Soc., 3 juillet 2001, nº 99-41.738.

Crim., 3 septembre 2002, nº 01-86.760.

Ch. mixte, 6 septembre 2002, nº 98-22.981.

Soc., 26 novembre 2002, nº 00-41.633, *Peintamelec*.

Civ. 1., 4 janvier 2005, nº 02-18904.

Soc., 21 septembre 2005, nº 03-44.855.

Soc., 7 février 2006, nº 04-45.733.

Civ. 3, 11 mai 2006, nº 04-18.092, *Sté Sofranor c. Sté Dumez EPS et a*.

Soc., 14 juin 2006, nº 04-44.777.

Com., 23 janvier 2007, nº 05-13.189, *Sté Camaieu c. Sté Créations Nelson*.

AP, 16 février 2007, nº 06-81.785.

Soc., 28 mai 2008, nº 07-15.744.

Soc., 16 décembre 2008, nº 06-45.262.

Soc., 30 avril 2009, nº 07-43945.

Crim, 23 juin 2009, nº 07-85.109.

Soc., 10 novembre 2009, nº 07-42.849.

Soc., 10 novembre 2009, nº 08-42.286.

Crim., 24 novembre 2009, nº 09-80.841.

Soc., 8 décembre 2009, nº 08-17.191.

Soc., 28 janvier 2010, nº 08-42.616.

Soc., 19 octobre 2010, nº 08-45.254.

Crim., 17 mai 2011, nº 10-87.646.

Soc., 3 novembre 2011, nº 10-20.765.

Soc., 15 décembre 2011, nº 10-15.873.

Soc., 11 janvier 2012, nº 10-16.655.

Soc., 18 janvier 2012, nº 10-16.926.

Crim., 22 mai 2012, nº 10-88.315.

Crim., 25 septembre 2012, nº 10-82.938.

Crim., 16 octobre 2012, nº 11-82.866.

Soc., 19 mars 2013, nº 11-28.845.

Soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, *Mme A. c. CPAM de Seine-Saint-Denis*.

Soc., 24 avril 2013, n° 11-15.204.

Soc., 25 septembre 2013, n° 12-16.790.

Soc., 1er avril 2014, n° 13-10629.

AP., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Baby loup*.

Crim., 22 septembre 2015, n° 14-84.802.

Soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702.

Crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365.

Soc., 9 septembre 2016, n° 16-20.605, *Syndicat des travailleurs corses*.

Soc., 1er février 2017, n° 16-10.459.

Civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

Crim., 11 juillet 2017, n° 16-82.426, *Société Logirep*.

Soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281.

Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, *Bougnaoui*.

Soc., 12 avril 2018, n° 16-25.503.

Crim, 27 novembre 2018, n° 18-83.009.

Soc., 30 janvier 2019, n° 17-28.905.

Soc., 14 novembre 2019, n° 18-15.682.

Com., 20 novembre 2019, n° 18-12.817.

Soc., 3 juin 2020, n° 18-21.993.

Soc., 8 juillet 2020, n° 18-23.743.

Soc., 13 janvier 2021, n° 19-21.138.

Crim., 8 juin 2021, n° 20-80.056.

Soc., 7 juill. 2021, n° 21-16.206.

B – Juridictions du fond

CA Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, n° [XSDR090997X].

CA Paris, 16 mars 2001, n° 1999/31302.

CA Versailles, 18 mars 2003, n° 2002-046.

CA Paris, 19 juin 2003, n° 03/30212.

CA Paris, 17 octobre 2003, n° 03/00387, *Assoc. du restaurant du bal du moulin rouge et a. c. Min. public*.

CA Basse-Terre, 6 novembre 2006, n° 06/00095, *Eurl Plâtrerie Saint-Martinoise c. M. Charly Lincertin*.

CA Paris, 6 juillet 2007, n° 06/07900.

CA Versailles, 17 avril 2008, n° 07/08624, *SA Dassault Systèmes*.

CA Amiens, 11 mars 2009, n° 08/01120.

CAA Paris, 31 mars 2009, n° 08PA01648, *La Poste*.

CA Paris, 2 avril 2009, n° 06/07984.

CA Paris, 3 décembre 2009, n° 07/04887.

CA Toulouse, 19 février 2010, n° 08/06630, *M. Louzaï c. Airbus*.

CA Paris, 5 mai 2010, n° 08/08694.

CA Paris, 16 juin 2011, n° 09/08065, *Mancinho-Pereira*.

CA Versailles, 8 novembre 2011, n° 10/04554.

CA Grenoble, 4 octobre 2012, n° 10/05134.

CA Paris, 22 novembre 2012, n° 10/10229.

CA Paris, 7 février 2013, n° 11/03537.

CA Versailles, 22 mars 2013, n° 11/05331.

CA Colmar, 28 mars 2013, n° 11/02515.

CA Versailles, 3 septembre 2013, n° 12/04405.

CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2013, n° 2013/841.

CA Lyon, 13 décembre 2013, n° 13/01545, *D. c. SAS Casino services*.

CA Paris, 19 décembre 2013, n° 12/22644, *A. de C. c. SA Wendel*.

CA Versailles, 5 mars 2014, n° 12/03739.

CA Orléans, 8 avril 2014, n° 13/03147.

CA Rennes, 10 décembre 2014, n° 14/00134.

CA Paris, 3 juin 2015, n° 11/02886.

CA Paris, 16 juin 2015, n° 14/07296.

CA Lyon, 8 septembre 2015, n° 13/10060.

CA Paris, 29 septembre 2015, n° 13/03196.

CA Versailles, 18 mars 2016, n° 14/04196, *Société Logirep*.

CA Paris, 22 septembre 2016, n° 14/07337.

CA Montpellier, 8 février 2017, n° 13/06863.

CA Paris, 30 mars 2017, n° 15/09015.

CA Douai, 31 mai 2017, n° 1271/17.

CA Paris, ch., 31 janvier 2018, n° 15/11747, *Stés SNCF, Épic SNCF et Épic SNCF Mobilités*.

CA Paris, 21 février 2018, n° 16/02237.

CA Versailles, 27 septembre 2018, n° 17/023758.

CA Versailles, 29 novembre 2018, n° 17/012498

CA Versailles, 18 avril 2019, n° 18/02189, *Bougnaoui*.

CAA Lyon, 23 juillet 2019, n° 17LY04351.

CA Toulouse, 6 septembre 2019, n° 17/01658.

CA Paris, 3 mars 2020, n° 19/03159.

CA Paris, 29 octobre 2020, n° 18/00197.

CA Paris, 16 février 2021, n° 18/07045.

CPH Arras, 31 mars 2011, n° F09/00331.

CPH Paris, 3 novembre 2011, n° 10/16025, *M. BT c. SARL 52 en île*.

CPH Besançon, 20 janvier 2015, n° F 13/00341.

CPH Tours, 4 juin 2015, n° 14/00448.

CPH Saint-Denis, 28 juillet 2017, RG n° F 15/0246.

CPH Paris, 17 décembre 2019, n° 17/10051.

TGI Versailles, 17 juin 2004, *CCE Schindler et FTM CGT c. Schindler SA*.

TGI Nanterre, 6 octobre 2004, nº 04/02865, *Comité d'établissement Novartis Pharma et Fédération FO c. Société Novartis Pharm*a.

TGI Nanterre, 19 octobre 2007, nº 06/06460, *SA Dassault Systèmes*.

TA Montreuil, 23 novembre 2011, nº 1012015.

TA Cergy Pontoise, 15 octobre 2013, nº 1101769.

TJ Paris, 15 décembre 2020, nº 18/04058.

§ 4 – JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE

CJCE, 17 juillet 1963, nº 13-63, *Italie c. Commission*.

CJCE, 15 octobre 1969, nº C-15/69, *Ugliola*.

CJCE, 27 octobre 1976, nº 130-75, *Viven Prais*.

CJCE, 10 avril 1984, nº 14/83, *Sabine von Colson*.

CJCE, 13 février 1985, nº C-293/83, *Françoise Gravier c. Ville de Liège*.

CJCE, ch., 1er juillet 1986, nº C-237/85, *G. Rummler*.

CJCE, 2 février 1988, nº C-24/86, *Vincent Blaizot c. Université de Liège et autres*.

CJCE, ch., 17 octobre 1989, nº C-109/88, *Danfoss*.

CJCE, 27 octobre 1993, nº C-127/92, *Enderby c. Frenchay Health Authority*.

CJCE, 17 octobre 1995, nº C-450/93, *Kalanke*.

CJCE, ch., 23 mai 1996, nº C-237/94, *John O'Flynn*.

CJCE, 17 novembre 1997, nº C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfale*.

CJCE, ch., 20 avril 1998, nº 136/95, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) c. Evelyne Thibault*.

CJCE, ch., 17 juin 1998, nº C-243/95, *Kathleen Hill et Ann Stapleton c. The Revenue Commissioners et Department of Finance*.

CJCE, ch., 30 juin 1998, nº C-394/96, *Brown*.

CJCE, 28 mars 2000, nº C-158/97, *Badeck*.

CJCE, ch., 6 juillet 2000, C-407/98, *Katarina Abrahamsson et Leif Anderson*.

CJCE, 19 mars 2002, nº C-476/99, *Lommers*.

CJCE, gr. ch., 22 novembre 2005, nº C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*.

CJCE, gr. ch. 16 octobre 2007, nº C-411/05, *Palacios de la Villa*.

CJCE, ch., 10 juillet 2008, nº C-54/07, *Feryn*.

CJUE, gr. ch., 17 juillet 2008, nº C-303/06, *Mme Coleman*.

CJCE, ch., 5 mars 2009, nº C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*.

CJUE, ch., 18 juin 2009, nº C-88/08, *Hütter*.

CJUE, gr. ch., 12 janvier 2010, nº C-341/08, *Petersen*.

CJUE, gr. ch., 19 janvier 2010, nº C-555/07, *Kücükdeveci*.

CJUE, ch., 30 septembre 2010, nº C-104/09, *Roca Alvarez.*

CJUE, ch., 18 novembre 2010, nº C-250/09 et C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev*.

CJUE, ch., 19 avril 2012, nº C-415-10, *Galina Meister c. Speech design carrier systems GMBH*.

CJUE, ch., 10 mai 2012, nº C-368/10, *Commission c. Pays-Bas.*

CJUE, ch., 6 décembre 2012, nº C-152/11, *Baxter c. Deutschland GMBH.*

CJUE, ch., 11 avril 2013, nº C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*.

CJUE, ch., 25 avril 2013, nº C-81/12, *Accept*.

CJUE, ch., 12 décembre 2013, nº C-267/12, *Hay*.

CJUE, ch., 22 mai 2014, nº C-356/12, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*.

CJUE, ch., 19 juin 2014, nº C-501/12, *Specht*.

CJUE, ch., 17 juillet 2014, nº C-173/13, *Maurice Leone et Blandine Leone c. Garde des Sceaux*.

CJUE, gr. ch., 11 novembre 2014, nº C-530/13, *Schmitzer*.

CJUE, ch., 13 novembre 2014, nº C-416/13, *Vital Pérez.*

CJUE, gr. ch., 2 décembre 2014, nº C-148/13 à C-150/13, *A, B & C.*

CJUE, ch., 21 janvier 2015, nº C-529/13, *Felber*.

CJUE, ch., 28 janvier 2015, nº C-417/13, *Starjakob*.

CJUE, ch., 5 février 2015, nº C-317/14, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*.

CJUE, gr. ch., 16 juillet 2015, n° C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*.

CJUE, ch., 9 septembre 2015, n° C-20/13, *Unland*.

CJUE, ch., 1er octobre 2015, n° C-432/14, *O. c. Bio Philippe Auguste SARL*.

CJUE, ch., 16 juin 2016, n° C-159/15, *Lesar*.

CJUE, gr. ch., 15 novembre 2016, n° C-258/15, *Sorondo*.

CJUE, ch., 24 novembre 2016, n° C-443-15, *David L. Parris c. Trinity College Dublin*.

CJUE, ch., 14 décembre 2016, n° C-238/15, *Maria do Céu Bragança Linares Verruga et autres c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*.

CJUE, ch., 9 mars 2017, n° C-406/15, *Milkova*.

CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*.

CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, n° C-188/15, *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*.

CJUE, ch., 19 juillet 2017, n° C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*.

CJUE, gr. ch., 17 avril 2018, n° C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*.

CJUE, gr. ch., 22 janvier 2019, n° C-193/17, *Cresco Investigation*.

CJUE, ch., 7 mars 2019, n° C-420/16 P, *Balázs-Árpád Izsák*.

CJUE, ch., 8 mai 2019, n° C-24/17, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

CJUE, ch., 8 mai 2019, n° C-396/17, *Leitner*.

CJUE, ch., 10 octobre 2019, n° C-703/17, *Krah*.

CJUE, ch., 18 novembre 2020, n° C-463/19, S*yndicat CFTC du personnel de la CPAM de Moselle c. CPAM de Moselle*.

CJUE, gr. ch., 15 juillet 2021, n° C-804/18 et C-341/19, *WABE* et *MH Müller Handel*.

Tribunal de l'UE, ch., 27 septembre 2006, n° T-59/02.

Tribunal de l'UE, ch., 3 février 2017, n° T-646/13, *Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack.*

§ 5 – JURIDICTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE

CEDH, ch., 25 février 1982, n° 7511/76, 7743/76, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*.

CEDH, ch., 25 mai 1993, n° 14/307/88, *Kokkinakis c. Grèce*.

CEDH, ch., 10 juillet 1998, n° 26695/95, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*.

CEDH, gr. ch., 29 avril 1999, n^os^ 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *Chassagnou et autres c. France*.

CEDH, gr. ch., 6 avril 2000, n° 34369/97, *Thlimmenos c. Grèce*.

CEDH, gr. ch., 18 janvier 2001, n° 27238/95, *Chapman*.

CEDH, sect., 2 juillet 2002, n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96, *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*.

CEDH, gr. ch., 17 février 2004, n° 44158/98, *Gorzelik*.

CEDH, gr. ch., 6 juillet 2005, n° 43577/98, *Natchova*.

CEDH, sect., 20 octobre 2005, n° 74989/01, *Ouranio Toxo*.

CEDH, sect., 13 décembre 2005, n° 15250/02, *Bekos*.

CEDH, sect., 3 mai 2007, n° 1543/06, *Baczkowski*.

CEDH, gr. ch., 13 novembre 2007, n° 57325/00, *D. H. et autres c. République Tchèque*.

CEDH, gr. ch., 29 avril 2008, n° 13378/05, *Burden c. Royaume-Uni*.

CEDH, sect., 5 juin 2008, n° 32526/05, *Sampanis*.

CEDH, sect., 8 décembre 2009, n° 49151/07, *Muñoz Díaz*.

CEDH, gr. ch., 22 décembre 2009, n° 27996/06, *Sejdic et Finci*.

CEDH, gr. ch., 16 mars 2010, n° 15766/03, *Oršuš*.

CEDH, sect., 20 mai 2010, n° 38832/06, *Alajos Kiss c. Hongrie*.

CEDH, sect., 27 juillet 2010, n° 4149/04 et 41029/04, *Aksu c. Turquie*.

CEDH, sect., 10 mars 2011, n° 2700/10, *Kiyutin c. Russie*.

CEDH, gr. ch., 15 mars 2012, n° 4149/04 et 41029/04, *Aksu c. Turquie*.

CEDH, gr. ch., 22 mars 2012, n° 30078/06, *Konstantin Markin c. Russie*.

CEDH, sect., 24 juillet 2012, n° 47159/08, *B. S. c. Espagne*.

CEDH, sect., 15 janvier 2013, n° 48420/10, *Eweida et autres*.

CEDH, sect., 15 janvier 2013, n° 36516/10, *McFarlane*.

CEDH, sect., 15 janvier 2013, n° 59842/10, *Mme Chaplin*.

CEDH, gr. ch., 1er juillet 2014, nº 43835/11, *SAS c. France*.

CEDH, ch., 22 mars 2016, nº 23682/13, *Guberina c. Croatie*.

CEDH, gr. ch., 26 avril 2016, nº 62649/10, *İzzettin Doğan*.

CEDH, sect., 12 septembre 2016, nº 23682/13, *Guberina v Croatia*.

CEDH, sect., 25 juillet 2017, nº 17484/15, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*.

CEDH, gr. ch., 6 novembre 2017, nº 43494/09, *Garib c. Pays-Bas*.

CEDH, sect., 19 avril 2018, nº 41841/12, *Ottan c. France*.

CEDH, sect., 14 janvier 2019, nº 12541/06, *Altinkaynak*.

CEDH, sect., 10 septembre 2020, nº 59751/15, *G. L. c. Italie*.

CEDH, sect., 14 janvier 2021, nº 21052/18, *Terna*.

CEDH, sect., 27 mai 2021, nº 5671/16, *J.L. c. Italie*.

§ 6 – AUTORITÉS INDÉPENDANTES

CNIL, délib. nº 81-77 du 9 juin 1981 *portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives relatives à des opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou faisant apparaître les origines raciales ou les appartenances syndicales par les entreprises privées de* sondage.

CNIL, délib. nº 82-97 du 1er juin 1982 *portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives recueillies par sondage en vue de procéder à des études de marché ou de produits*.

CNIL, délib. nº 85-73 du 26 novembre 1985 *portant modification de la délibération nº 81-77 du 9 juin 1981 concernant une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives relatives à des opinions politiques, philosophiques* ou religieuses *ou faisant apparaître les origines raciales ou les appartenances syndicales par les entreprises privées de sondage*.

CNIL, délib. nº 94-020 du 1er mars 1994 *portant avis favorable à la mise en œuvre, par l'INSEE d'un traitement automatisé d'informations nominatives relatif à un test de l'enquête famille*.

CNIL, délib. nº 96-105 du 3 décembre 1996 *portant recommandation relative à l'utilisation de fichiers à des fins politiques au regard de la loi du 6 janvier 1978*.

CNIL, délib. nº 01-061 du 20 décembre 2001 *portant recommandation relative aux fichiers de gestion du patrimoine immobilier à caractère social*.

CNIL, délib. 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 (décision d'autorisation unique n° AU-004)*.

CNIL, délib. n° 2006-020 du 2 février 2006 *portant refus d'autorisation de mise en œuvre par la SOFRES d'un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à constituer un échantillon de sondage à partir d'un tri sur la consonance du nom des intéressés susceptible de faire apparaître leurs opinions religieuses*.

CNIL, délib. n° 2006-78 du 21 mars 2006 *portant refus d'autorisation de mise en œuvre par le conseil représentatif des institutions juives de France d'un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à constituer un échantillon de sondage à partir d'un tri sur le nom des intéressés*.

CNIL, délib. n° 2006-170 du 27 juin 2006 *portant autorisation de mise en œuvre par l'Institut national des études démographiques (INED) d'une enquête intitulée « intégration des secondes générations en Europe »*.

CNIL, délib. n° 2006-190 du 6 juillet 2006 *portant refus d'autorisation de mise en œuvre par l'observatoire régional des études supérieures RES) de Lille Nord-Pas-de-Calais d'une étude sur les parcours des inscrits dans l'enseignement supérieur de la région*.

CNIL, délib. n° 2008-040 du 7 février 2008 *autorisant 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 les migrations entre l'Afrique et l'Europe*.

CNIL, délib. 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)*.

CNIL, délib. n° 2008-180 du 26 juin 2008 *autorisant l'institut 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 représentation des populations « minoritaires » et « majoritaires » en France (REMIMA)*.

CNIL, délib. n° 2009-355 du 11 juin 2009 *portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État portant création de l'application relative à la prévention des atteintes à la sécurité publique*.

CNIL, délib. n° 2009-364 du 25 juin 2009 *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 de données à caractère personnel nécessaires à la réalisation de post-enquêtes qualitatives de l'enquête « Trajectoires et Origines »*.

CNIL, délib. nº 2010-456 du 9 décembre 2010 *portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État autorisant la création du traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion de l'information et la prévention des atteintes à la sécurité publique*.

CNIL, délib. nº 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*.

CNIL, délib. nº 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*.

CNIL, délib. nº 2014-042 du 30 janvier 2014 *modifiant l'autorisation unique nº 2005-305 du 8 décembre 2005 nº AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle*.

CNIL, délib. nº 2014-232 du 22 mai 2014 *autorisant le laboratoire LAB'URBA de l'Université Paris Est Créteil à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la réalisation d'une étude sur les facteurs et les pratiques de discrimination en matière de demande de logement social*.

CNIL, délib., nº 2015-309 du 10 septembre 2015 *autorisant l'Institut National d'Etudes Démographiques (INED) à mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel ayant pour finalités la réalisation et l'analyse des résultats d'enquête statistique portant sur les mutations sociodémographiques dans le département d'Outre-mer de Mayotte dénommée « Migration, Famille, Vieillissement » (MFV Mayotte)*.

CNIL, délib. nº 2017-191 du 22 juin 2017 *portant modification de la délibération nº 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)*.

CNIL, délib. nº 2017-299 du 30 novembre 2017 *portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi nº 78-17 du 6 janvier* 1978.

CNIL, délib. nº 2017-332 du 21 décembre 2017 *portant avis sur un projet de décret relatif à un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Base concours » ayant pour finalité la production d'études et de statistiques anonymes ainsi que la réalisation de travaux de recherche sur l'accès à la fonction publique*.

CNIL, délib. nº 2018-153 du 3 mai 2018 *portant homologation d'une méthodologie de référence relative aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre des recherches dans le domaine de la santé avec recueil du consentement de la personne concernée [MR-001] et abrogeant la délibération nº 2016-262 du 21 juillet 2016*.

CNIL, délib. nº 2018-154 du 3 mai 2018 *portant homologation de la méthodologie de référence relative au traitement des données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre des*

recherches dans le domaine de la santé ne nécessitant pas le recueil du consentement de la personne concernée [MR-003] et abrogeant la délibération n° 2016-263 du 21 juillet 2016.

CNIL, délib. n° 2018-326 du 11 octobre 2018 *portant adoption de lignes directrices sur les analyses d'impact relatives à la protection des données (AIPD) prévues par le règlement général sur la protection des données (RGPD)*.

CNIL, délib. n° 2018-327 du 11 octobre 2018 *relative aux types d'opérations de traitement pour lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données est requise*.

CNIL, délib. n° 2018-349 du 15 novembre 2018 *portant avis sur un projet d'ordonnance prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-439 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978*.

CNIL, délib. 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*.

CSA, déc. n° 2000-1021 du 29 novembre 2000 *portant reconduction de l'autorisation délivrée à la société Canal Plus modifiée par : avenant n° 1 du 27 novembre 2000 et avenant n° 2 du 19 décembre 2000*.

CSA, délib. n° 2009-85 du 10 novembre 2009 *tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes des chaînes nationales hertziennes gratuites et de Canal +*.

CSA, délib. n° 2015-34 du 16 septembre 2015 *modifiant la délibération n° 2009-85 du 10 novembre 2009 tendant à favoriser la représentation de la diversité de la société française dans les programmes des chaînes nationales hertziennes gratuites et de Canal+*.

CSA, déc. du 13 décembre 2015 *propos tenus par Mme Nadine Morano dans l'émission On n'est pas couché (France 2) : réponse aux plaignants*.

CSA, déc. 15 juin 2016 *représentation des Français d'origine maghrébine dans plusieurs programmes diffusés le 28 février 2016 : réponse à M. Maurad Drif, président de Kit FM*.

CSA, déc. du 12 décembre 2016 *analyse de la programmation pour l'année 2015 et du respect de son format : la chaîne Numéro 23 mise en garde*.

CSA, déc. du 18 décembre 2018 *commentaires durant le match Nigéria / Islande diffusé le 22 juin 2018 sur beIN Sport 1 : réponse aux plaignants*.

CSA, déc. du 2 août 2019 *propos tenus lors du match Strasbourg / Reims du 3 avril 2019 : beIN Sports mise en garde*.

CSA, déc. du 26 novembre 2020 *examen du respect des obligations spécifiques à RMC Story (exercice 2019) : la chaîne mise en garde*, (anciennement Numéro 23).

DDD, déc. n° MLD 2015-247 et MLD 2015-248 *relative à des faits de harcèlement sexuel et à des mesures de représailles en raison de la dénonciation de ces faits*.

DDD, déc. n° MLD 2015-269 du 17 novembre 2015, *Observations devant le tribunal. CPH Bobigny*.

DDD, déc. n° MLD-2013-172 du 2 octobre 2013 *relative à un refus d'embauche discriminatoire*.

DDD, déc. n° MLD-2013-203 du 4 novembre 2013 *relative à une rupture de promesse d'embauche en lien avec l'identité sexuelle*.

DDD, déc. n° MLD-2013-243 du 25 novembre 2013 *relative au refus d'enregistrement d'une candidature à un concours de la fonction publique fondé sur l'âge du candidat*.

DDD, déc. n° MLD-2013-250 du 4 février 2014 *relative à un refus d'embauche discriminatoire en raison de l'origine*.

DDD, déc. n° MLD-2013-96 du 17 mai 2013 *relative à des faits de harcèlement moral discriminatoire au retour de congé maternité et en lien avec les activités syndicales*.

DDD, déc. n° MLD-2014-049 du 7 janvier 2015 *relative à des faits de harcèlement moral en lien avec l'orientation sexuelle d'une gardienne de la paix au sein d'un commissariat*.

DDD, déc. n° MLD-2014-105 du 31 juillet 2014 *relative à un harcèlement moral discriminatoire*.

DDD, déc. n° MLD-2015-020 du 20 janvier 2015 *relative au refus du rectorat déclarant irrecevable la candidature au second concours national d'agrégation*.

DDD, déc. n° MLD-2015-151 du 2 juillet 2015 *relative aux dispositifs d'alerte interne de lutte contre les discriminations au regard de la protection des droits des salariés*.

DDD, déc. n° MLD-2015-269 du 17 novembre 2015 *relative à un harcèlement moral et une évolution de carrière défavorable en raison de l'origine*.

DDD, déc. n° MLD-2016-064 du 23 février 2016 *relative à une discrimination en raison de l'origine*.

DDD, déc. n° MLD-2016-188 du 21 juillet 2016 *relative au traitement différencié de cheminots étrangers, appelés « chibanis », en matière d'évolution de carrière*.

DDD, déc. n° MLD-2016-289 du 5 décembre 2016 *relative à des faits de harcèlement discriminatoire et à un manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur*.

DDD, déc. n° 2019-021 du 18 janvier 2019 *relative au fonctionnement de la plateforme nationale de préinscription en première année de l'enseignement supérieur* (Parcoursup).

DDD, déc. nº 2019-099 du 8 avril 2019 *relative au fonctionnement de la plateforme nationale d'admission dans les formations initiales du premier cycle de l'enseignement supérieur (Parcoursup), en particulier l'absence de transparence de la procédure d'affectation*.

DDD, déc. nº 2019-109 du 13 mai 2019 *relative à l'existence d'une discrimination systémique et collective subie par des salariés élus et mandatés d'une même entreprise en raison de l'exercice de leurs activités syndicales*.

DDD, déc. nº MLD 2017-336 du 30 novembre 2017 *relative à un réclamant s'estimant victime de discrimination dans le cadre de son emploi dès lors que ses collègues de travail tenaient régulièrement à son encontre des propos racistes*.

HALDE, délib. nº 2006-98 du 9 mai 2006 relative à une discrimination à l'embauche à raison de l'origine.

HALDE, délib. nº 2006-126 du 19 juin 2006 *relative au licenciement discriminatoire fondé sur les convictions religieuses d'une préparatrice de commande pour avoir refusé d'ôter son voile*.

HALDE, délib. nº 2006-190 du 18 septembre 2006 *relative à un refus d'embauche en CDD d'un enseignant vacataire*.

HALDE, délib. nº 2006-225 du 23 octobre 2006 *relative à une offre d'emploi faisant mention d'un critère d'âge*.

HALDE, délib. nº 2006-242 du 6 novembre 2006 *relative à la rupture du contrat d'une animatrice au sein d'une association pour enfants autistes ayant refusé de se baigner avec les enfants et de retirer son voile*.

HALDE, délib. nº 2006-31 du 27 février 2007 *relative à la mesure des discriminations liées à l'origine « ethnique »*.

HALDE, délib. nº 2007-233 du 24 septembre 2007 *relative à un amendement du projet de loi immigration, intégration et asil*e.

HALDE, délib. nº 2007-301 du 14 novembre 2007 *relative à des autorisations d'absence pour fêtes religieuses*.

HALDE, délib. nº 2007-366 du 11 février 2008 *relative au caractère discriminatoire d'une convention collective qui réserve le bénéfice de congés pour événements familiaux aux seuls salariés mariés*.

HALDE, délib. nº 2008-135 du 16 juin 2008 *relative à un refus d'embauche au poste d'agent de fabrication fondé sur l'origine du réclamant*.

HALDE, délib. nº 2009-42 du 9 février 2009 *relative à un refus d'embauche au poste d'agent de fabrication fondé sur l'origine du réclamant*.

HALDE, délib. nº 2009-356 du 26 octobre 2009 *relative aux emplois saisonniers réservés aux enfants du personnel*.

HALDE, délib. n° 2010-48 du 22 février 2010 *relative à des autorisations d'absence pour fêtes religieuses*.

HALDE, délib. n° 2010-55 du 1er mars 2010 *relative à une discrimination en matière d'affectations, d'avancement de carrière et de rémunération, en raison des grossesses de la réclamante*.

HALDE, délib. n° 2010-129 du 31 mai 2010 *relative à une réclamation portant sur une discrimination à l'embauche fondée sur l'origine*.

HALDE, délib. n° 2011-27 du 31 janvier 2011 *relative au refus opposé à une demande de contrat de professionnalisation dans un cabinet d'expertise comptable*.

§ 7 – JURIDICTIONS ÉTRANGERES

CS CANADA, 17 décembre 1985, n° 2 R.C.S. 536, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears.*

CS CANADA, 25 juin 1987, n° 1 R.C.S. 1114, *Action travail des femmes v. Canadian National Railway Co.*

CS CANADA, 9 septembre 1999, n° 3 R.C.S, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*.

CS ÉTATS-UNIS, 28 juin 1978, n° 438 U.S. 265 (1978), *Regents of University of California v. Bakke.*

CS ÉTATS-UNIS, 19 mai 1986, n° 476 U.S. 267 (1986), *Wygant v. Jackson Board of Education.*

CS ÉTATS-UNIS, 27 juin 1990, n° 497 U.S. 547 (1990), *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission.*

CS ÉTATS-UNIS, 1er avril 2003, n° 02-241 U.S. (2003), *Grutter v. Bollinger*.

CS ÉTATS-UNIS, 26 juin 2003, n° 539 US 654 (2003), *Nike Inc e. a., Petitioners c. Marc Kasky*.

CS ÉTATS-UNIS, 20 juin 2011, n° 564 U.S. 338 (2011), *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*.

CS ÉTATS-UNIS, 23 juin 2016, n° 579 U.S. (2016), *Fisher v. University of Texas.*

RÉFÉRENCES DES CONVENTIONS, CHARTES ET CODES DE CONDUITE

En l'absence d'autorisations de diffusion, les références sont données à titre indicatif.

§ 1 – CONVENTIONS.....795

§ 2 – CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS.....796

§ 3 – CHARTES ET CODES DE CONDUITE 798

§ 1 – CONVENTIONS

CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL :

- CHERIE HD, *Convention concernant le service de télévision Chérie 25*, 2 juillet 2012.
- DIVERSITE TV, *Convention concernant le service de télévision RMC Story*, 3 juillet 2012.
- DEFENSEUR DES DROITS, Convention, 24 novembre 2014.
- TELEVISION FRANÇAISE 1, Convention concernant le service de télévision TF1, 27 juillet 2017.
- TF1 SERIES FILMS, *Convention concernant le service de télévision TF1 Séries Films*, 20 décembre 2018.

ÉCOLE SUPERIEURE DES SCIENCES ECONOMIQUES ET COMMERCIALES :

- PREFET DU VAL-D'OISE, *Convention de subvention*, 2016 (document en possession de l'auteur).
- *Contrat d'engagement ESSEC/Collège/Famille*, 2018 (conv. type en possession de l'auteur).
- *Conv. de partenariat 2018-2022 entre l'ESSEC et le collège « XXX »*, 2018 (conv. type en possession de l'auteur).

MINISTERE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, MOZAÏK RH, *Convention de partenariat*, 29 juin 2020 (document en possession de l'auteur).

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE :

- MINISTERE DE L'EMPLOI, DU TRAVAIL ET DE LA COHESION SOCIALE, MINISTERE DELEGUE A L'INTEGRATION, A L'ÉGALITE DES CHANCES ET A LA LUTTE CONTRE L'EXCLUSION, CONFERENCE DES PRESIDENTS D'UNIVERSITE, CONFERENCE DES GRANDES ECOLES, CONFERENCE DES DIRECTEURS DES ECOLES FRANÇAISES D'INGENIEURS, *Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence*, 17 janvier 2005.
- MINISTERE DE L'ÉCOLOGIE, DU DEVELOPPEMENT DURABLE ET DE LA MER, MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI, MINISTERE DE LA DEFENSE, MINISTERE DE L'ALIMENTATION, DE L'AGRICULTURE ET DE LA PECHE, MINISTERE CHARGE DE

L'INDUSTRIE, SECRETARIAT D'ÉTAT CHARGE DE LA POLITIQUE DE LA VILLE, COMMISSARIAT A LA DIVERSITE ET A L'ÉGALITE DES CHANCES, CONFERENCE DES GRANDES ECOLES, CONFERENCE DES DIRECTEURS DES ECOLES FRANÇAISES D'INGENIEURS, *Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence*, 2 février 2010.

- MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, SECRETARIAT D'ÉTAT CHARGE DE LA POLITIQUE DE LA VILLE, COMMISSARIAT A LA DIVERSITE ET A L'ÉGALITE DES CHANCES, CONFERENCE DES PRESIDENTS D'UNIVERSITE, *Charte pour l'égalité des chances dans l'accès aux formations d'excellence*, 16 octobre 2010.

MINISTERE DE LA DECENTRALISATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, MINISTERE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE, *Conv. cadre « Partenariat pour l'engagement au service des valeurs de la République »*, 26 novembre 2015 (document en possession de l'auteur).

MISSION INTERMINISTERIELLE AUX RAPATRIES :

- OPERATEUR ECONOMIQUE ANONYME, *Convention de partenariat dans le cadre de la mise en œuvre du plan emploi harkis*, 30 octobre 2008 (conv. type en possession de l'auteur).
- IMS-ENTREPRENDRE POUR LA CITE, *Convention visant à favoriser l'insertion professionnelle des enfants des anciens membres des formations supplétives et assimilés, ainsi qu'à prévenir les discriminations*, 4 février 2009 (document en possession de l'auteur).

RESEAU DES ECOLES DE SERVICE PUBLIC, CONFERENCE NATIONALE DES DIRECTEURS D'INSTITUTS ET DE CENTRES DE PREPARATION A L'ADMINISTRATION GENERALE, *Convention cadre*, 15 novembre 2015 (document en possession de l'auteur).

SCIENCES PO, *Convention d'éducation prioritaire*, 2018 (conv. type possession de l'auteur).

§ 2 – CONVENTIONS ET ACCORDS PROFESSIONNELS

ADECCO, *Accord-cadre contre les discriminations*, 20 avril 2007.

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

Accord national interprofessionnel relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, 1er mars 2004.

Accord national interprofessionnel sur l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, 9 mars 2006.

BANQUE POSTALE, *Accord portant sur la diversité, l'égalité professionnelle et l'emploi des seniors à La Banque Postale*, 23 décembre 2009.

BNP PARIBAS, *Accord sur la diversité au sein de BNP Paribas SA*, 30 mai 2016.

BTP, *Accord collectif national diversité et égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes dans le BTP*, 10 septembre 2009.

CASINO, *Accord du groupe Casino portant sur la promotion de l'égalité des chances, la diversité, la lutte contre les discriminations en favorisant la cohésion sociale dans l'entreprise*, 14 octobre 2005.

ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE, *Accord pour la non-discrimination, l'égalité de traitement et la diversité dans le cadre des activités de mise à l'emploi des entreprises de travail temporaire*, 6 juillet 2007.

ES ENERGIES STRASBOURG, *Accord d'entreprise en faveur de la diversité et contre les discriminations au sein d'És Énergies Strasbourg*, 28 juin 2010.

ESSILOR, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et l'inclusion 2020-2023*, 23 octobre 2019.

ÉTAT, FONDS D'AIDE ET DE SOUTIEN POUR L'INTEGRATION ET LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, SYNDICAT DES ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE, *Accord-cadre visant à prévenir les discriminations et à promouvoir la diversité dans les entreprises du secteur de l'intérim et auprès de leurs entreprises clientes*, 3 février 2005.

FEDERATION FRANÇAISE DE L'ASSURANCE, *Accord Mixité-diversité et Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les sociétés d'assurances*, 2 octobre 2020.

GROUPAMA, *Accord relatif à la Diversité et à l'Egalité des chances au sein de Groupama*, 24 octobre 2008.

INDUSTRIE ET COMMERCE EN GROS DE VIANDES, *Convention collective nationale des entreprises de l'industrie et des commerces en gros des viandes du 20 février 1969. Accord relatif à la diversité et à l'égalité professionnelle*, 26 septembre 2019.

INSTITUTION DE RETRAITE COMPLEMENTAIRE, *Accord relatif à la diversité et à l'égalité des chances*, 19 octobre 2015.

KILOUTOU MODULE, *Accord relatif à la gestion de carrière au sein de la SAS Kiloutou Module*, 30 novembre 2020.

MESSIER-DOWTY, *Accord relatif à la diversité*, 18 juillet 2008.

MUTUALITE FRANÇAISE PROVENCE-ALPES-COTE D'AZUR SERVICES DE SOINS ET D'ACCOMPAGNEMENT MUTUALISTES, *Accord d'entreprise relatif à la lutte contre les discriminations et sur la diversité*, 24 janvier 2020.

PEUGEOT SOCIETE ANONYME, *Accord sur la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 8 septembre 2004.

PEUGEOT SOCIETE ANONYME, *Accord d'entreprise relatif à la diversité et la cohésion sociale dans l'entreprise*, 21 mai 2015.

SAINT-GOBAIN, *Accord-cadre de groupe relatif à la diversité*, 6 septembre 2012.

SOCIETES D'AUTOROUTES, *Convention collective nationale des sociétés concessionnaires ou exploitantes d'autoroutes ou d'ouvrages routiers du 27 juin 2006 – Textes Attachés – Accord du 19 avril 2018 relatif à la diversité et à l'égalité des chances*, 19 avril 2018.

VEOLIA EAU, *Accord sur la diversité et la prévention des discriminations au sein de l'UES Véolia eau-Générale des eaux*, 24 juin 2011.

§ 3 – CHARTES ET CODES DE CONDUITE

AFEP, MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2020.

Charte de la diversité, 2018.

Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité, 18 novembre 2005.

Charte du service public de l'emploi contre les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité, 18 novembre 2005.

Code belge de gouvernement d'entreprise, 2020.

Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise, 2016.

Dutch Corporate Governance Code, 2016.

Finnish Corporate Governance Code, 2020.

L'OREAL, *Charte éthique. L'éthique au quotidien*, 3e éd., 2014.

LVMH, *Code de conduite*, 2017.

PRAPEC, *Charte de la laïcité et de la diversité*, 2014.

SANOFI, *Code d'éthique. Notre engagement à agir avec intégrité*, 2019.

SODEXO, *Code de conduite. Principes d'intégrité*, 2019,

Ten Principles of Corporate Governance of the Luxembourg Stock Exchange, 2017.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes. L'occurrence se trouve dans le corps du texte ou dans les notes de bas de page lorsque cela est pertinent.

– A –

Accommodement raisonnable : 58 ; 276 ; 516 ; 568 ; 641-86 ; 764.

Accord collectif : 8 ; 60 ; 81 ; 96 ; 143 ; 172 ; 174 ; 176 ; 183 ; 186 ; 196 ; 240 ; 269 ; 301 ; 319 ; 345 ; 426 ; 453 ; 571 ; 632 ; 656 ; 663 ; 683 ; 695 ; 706 ; 774.

Action de groupe : 147 ; 287 ; 567.

Adjoint de sécurité : v. Contrats aidés.

Affirmative action : v. Discrimination positive.

AFNOR : v. Label.

Âge : 15 ; 16 ; 21 ; 44 ; 188 ; 244-9 ; 284 ; 286 ; 360-7 ; 418 ; 425 ; 428 ; 441 ; 476 ; 484 ; 493 ; 499 ; 502-6 ; 566 ; 573 ; 578 ; 602 ; 605 ; 617 ; 655 ; 658 ; 667-672 ; 724 ; 743 ; 759.

Alerte professionnelle : 143 ; 197-8 ; 256 ; 294 ; 350 ; 592 ; 614-5 ; 704.

Algorithme : 195 ; 199 ; 613.

Allocations pour la diversité : 438-9 ; 526.

Aménagement raisonnable : v. Accommodement raisonnable

Apparence physique : 361 ; 363 ; 500 ; 551 ; 583 ; 668 ; 677.

Apprentissage : 151 ; 366 ; 438 ; 448 ; 451-7 ; 490 ; 523 ; 526 ; 528 ; 696.

Approche intégrée : 284 ; 345 ; 363 ; 515 ; 547 ; 558 ; 618 ; 633 ; 639 ; 766.

Audit : 127 ; 133 ; 187 ; 199-202 ; 237 ; 276-82 ; 345 ; 554 ; 571 ; 594 ; 633.

Autocensure : 419 ; 426 ; 432 ; 442 ; 486 ; 567 ; 690 ; 700 ; 736 ; 737.

Autorégulation : 148 ; 168-202 ; 203 ; 204 ; 224 ; 225 ; 248 ; 253 ; 257-259 ; 298 ; 380-90 ; 393 ; 401 ; 547 ; 699.

Autorité des marchés financiers : 146 ; 196 ; 213 ; 246-8 ; 252 ; 311 ; 335.

Autorité européenne des marchés financiers : 246 ; 355 ; 751.

Autotesting : v. *Testing*.

– B –

Baromètre : 569 ; 571 ; 597 ; 683 ; 743 ; 761.

Bourses « Talents » : v. Allocations pour la diversité.

Bureaucratie représentative : 714 ; 723-31.

– C –

CEP : 45 ; 76 ; 104 ; 175 ; 463-469 ; 474 ; 486 ; 494 ; 496 ; 499 ; 530 ; 532 ; 737.

Charte (organisation) : 18 ; 45 ; 47 ; 58 ; 76 ; 78 ; 82 ; 87 ; 93 ; 96 ; 104 ; 107 ; 114 ; 119 ; 120 ; 131 ; 133 ; 143-145 ; 153 ; 156 ; 158 ; 160 ; 163-4 ; 172-4 ; 177-8 ; 183 ; 188 ; 196 ; 202 ; 207 ; 210 ; 215 ; 230 ; 269 ; 277 ; 291 ; 295 ; 308 ; 327 ; 345 ; 432 ; 629 ; 679 ; 697 ; 774.

Classe préparatoire intégrée/classe « Talents » : 429 ; 433 ; 434 ; 438 ; 456 ; 474-476 ; 478 ; 486 ; 489 ; 499 ; 518 ; 527 ; 530 ; 540.

Comply or explain : 101 ; 133 ; 19 ; 217 ; 236 ; 248 ; 252.

Code de bonne conduite (organisation) : 58 ; 76 ; 78 ; 95 ; 97 ; 107 ; 113 ; 120 ; 126 ; 128 ; 130-2 ; 135 ; 145 ; 156 ; 159-60 ; 163 ; 172 ; 177-8 ; 195 ; 210 ; 242 ; 248-51 ; 276 ; 291 ; 298 ; 308 ; 311-2 ; 318 ; 327 ; 329 ; 334-5 ; 345 ; 351 ; 550 ; 565 ; 614 ; 752 ; 774.

Commission nationale de l'information et des libertés : 119 ; 157 ; 198 ; 213 ; 554 ; 557 ; 560 ; 574 ; 604 ; 613.

Communautarisme : 17 ; 19 ; 684 ; 700.

Comparaison (discrimination) : 272-3 ; 382 ; 572 ; 640.

Compensation : 13 ; 64 ; 73 ; 355 ; 410 ; 412-6 ; 419 ; 422 ; 423 ; 427-8 ; 438 ; 441 ; 444 ; 45-9 ; 460 ; 473 ; 476-7 ; 485 ; 504 ; 506 ; 511 ; 513 ; 515 ; 521 ; 530 ; 534 ; 537 ; 540 ; 542 ; 544-5 ; 551 ; 646 ; 769 ; 775.

Compliance : 226 ; 253-258 ; 339 ; 351 ; 387 ; 592.

Concours « Talents » : 434 ; 470 ; 474-476 ; 483 ; 486 ; 499 ; 512 ; 516 ; 526 ; 540 ; 737.

Congés parentaux : 665 ; 679 ; 764.

Conseil supérieur de l'audiovisuel : 4 ; 10 ; 40 ; 88 ; 105 ; 157 ; 165 ; 193 ; 210 ; 213 ; 336 ; 351 ; 440 ; 597 ; 706 ; 741-746 ; 752 ; 761 ; 763.

Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire : 114 ; 157 ; 174 ; 217 ; 397 ; 425 ; 695.

Contractualisation : 77 ; 81-105 ; 131 ; 165 ; 216 ; 256 ; 323 ; 426 ; 441 ; 447 ; 508-9.

Contrat PrAB : v. Contrats aidés.

Contrats aidés : 82 ; 179 ; 419 ; 438 ; 446-57 ; 499 ; 508 ; 509 ; 513 ; 523 ; 526. 737.

Convention (de partenariat, cadre) : 45 ; 82 ; 84-9 ; 94 ; 165 ; 175 ; 369 ; 426 ; 429-34 ; 463 ; 465 ; 522 ; 527 ; 529.

Cordée de la réussite : 45 ; 87 ; 432 ; 522 ; 540.

Cordées du service public : 45 ; 87 ; 92 ; 432.

Corégulation : 168-9 ; 202-6 ; 209-210 ; 217-8 ; 224 ; 227 ; 232 ; 239 ; 252 ; 257-9 ; 299 ; 379 ; 387-403 ; 528.

Couleur de peau : 24 ; 25 ; 135 ; 272 ; 348 ; 361 ; 363 ; 376 ; 500 ; 560 ; 579 ; 583 ; 685 ; 689 ; 691 ; 743 ; 754.

– D –

Défenseur des droits : 14 ; 25-6 ; 60 ; 88 ; 101 ; 119 ; 157 ; 177 ; 188 ; 190 ; 213 ; 271 ; 277 ; 279 ; 282 ; 287 ; 289 ; 358 ; 360 ; 363 ; 369 ; 505 ; 538 ; 549 ; 557 ; 563 ; 567-8 ; 570-1 ; 573 ; 580-1 ; 587-8 ; 593 ; 595 ; 598 ; 601-3 ; 614 ; 632 ; 650.

Devoir de vigilance : 198 ; 253-258 ; 285 ; 309 ; 321 ; 560 ; 606 ; 614.

Diagnostic (auto) : 184 ; 187 ; 197 ; 217 ; 554 ; 559-6 ; 638

Différence de situations : 361 ; 485-6 ; 499.

Discrimination :

- À rebours : 499 ; 505 ; 752.
- Directe : 272-5 ; 285 ; 295 ; 361 ; 376-7 ; 501 ; 503 ; 547 ; 560 ; 602 ;

568 ; 610 ; 617 ; 639 ; 647 ; 660 ; 668 ; 676 ; 679.

- Indirecte : 146 ; 272-5 ; 287 ; 295 ; 301 ; 344 ; 365-6 ; 370 ; 376 ; 381 ; 501 ; 504 ; 517 ; 547 ; 554 ; 560 ; 568 ; 572 ; 605 ; 617 ; 626 ; 639 ; 641 ; 647 ; 659 ; 660 ; 667-8 ; 676 ; 691 ; 741 ; 759 ; 764.

- Intersectionnelle : 243 ; 273 ; 355 ; 360 ; 378 ; 635 ; 685.

- Par association : 273 ; 663.

- Motifs (généralités) : 187 ; 272-3 ; 275 ; 282 ; 284-6 ; 358-62 ; 421 ; 494 ; 499 ; 500 ; 506 ; 517 ; 551 ; 553 ; 554 ; 560 ; 567 ; 605 ; 609-10 ; 617-8 ; 624 ; 638 ; 641 ; 647 ; 654-5 ; 657-8 ; 661-2 ; 674-5 ; 684 ; 697 ; 752 ; 764 ; 767.

- Multiple : 274 ; 360 ; 690-1.

- Positive : 31-5 ; 485 ; 496-8 ; 556 ; 702 ; 722 ; 733 ; 736 ; 738 ; 748 ; 752 ; 759.

- Systémique : 273 ; 281 ; 284-5 ; 344 ; 366 ; 370 ; 617-8 ; 658 ; 668 ; 671 ; 691 ; 735 ; 738 ; 766.

Discrimination (sources législatives et européennes) :

- Code pénal : 202 ; 272 ; 274-5 ; 277 ; 351 ; 361-2 ; 376 ; 500 ; 502-3 ; 551 ; 650 ; 697 ; 752.

- Code du travail : 272 ; 274 ; 275 ; 284 ; 287 ; 361-2 ; 382 ; 499 ; 551 ; 619 ; 624-5 ; 675 ; 752.

- Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 : 46 ; 272-5 ; 362 ; 376 ; 383 ; 499-503 ; 572 ; 631 ; 641 ; 701.

- Directives n° 2000/43/CE, n° 2000/78/CE et n° 2006/54/CE : 46 ; 210 ; 287 ; 365 ; 376 ; 502-5 ; 272 ; 516 ; 602 ; 641 ; 648-9 ; 661 ; 673 ; 752.

Droit souple : 72 ; 74, 78-80 ; 106-68 ; 175 ; 177 ; 206-7 ; 216-7 ; 221 ; 248 ; 249 ; 258-9 ; 279 ; 294 ; 296 ; 300 ; 310-1 ; 399 ; 405 ; 770.

– E –

Égalité (principe de) : 105 ; 286 ; 357-8 ; 386 ; 415 ; 481-6 ; 488 ; 495 ; 499 ; 506 ; 508 ; 518 ; 540-1 ; 586 ; 620 ; 649 ; 650 ; 673 ; 692 ; 722 ; 729-30.

Égalité de traitement : 18 ; 53 ; 163 ; 174 ; 210 ; 236 ; 246 ; 269 ; 279 ; 286 ; 301 ; 365 ; 441 ; 477 ; 484 ; 494-5 ; 503 ; 506 ; 514 ; 516 ; 560 ; 609-10 ; 618 ; 620 ; 622 ; 646 ; 649 ; 650 ; 673 ; 729 ; 730.

Égalité des chances : 6 ; 13 ; 36 ; 40 ; 42-3 ; 45 ; 47 ; 58 ; 65 ; 68-70 ; 72 ; 84 ; 87-8 ; 93 ; 97 ; 104 ; 148 ; 173-4 ; 180 ; 182 ; 196 ; 204-5 ; 208 ; 210-1 ; 220 ; 236 ; 268 ; 269 ; 271 ; 286 ; 295 ; 303 ; 346 ; 366 ; 391-2 ; 397 ; 408-45 ; 569 ; 696 ; 763 ; 769 ; 772 ; 774-5.

Égalité entre les femmes et les hommes : 21 ; 188 ; 236 ; 280 ; 319 ; 500 ; 516 ; 568 ; 686 ; 696 ; 752.

Égalité formelle : 13 ; 64 ; 353 ; 409 ; 413 ; 477 ; 478 ; 486 ; 487 ; 514 ; 551 ; 654-5 ; 722 ; 768

Emploi public : 15 ; 42-5 ; 47 ; 49 ; 56 ; 58 ; 82 ; 87 ; 92 ; 107 ; 145 ; 154-5 ; 179 ; 187 ; 198 ; 223 ; 227 ; 229 ; 274 ; 294 ; 301 ; 346 ; 362 ; 367 ; 397 ; 417 ; 420-1 ; 424 ; 426 ; 429 ; 432-8 ; 441-59 ; 461 ; 470-8 ; 482-492 ; 497 ; 499 ; 502 ; 505-517 ; 523 ; 526 ; 530 ; 532 ; 538 ; 540-1 ; 544 ; 546 ;

569 ; 614 ; 620 ; 623-6 ; 673 ; 706 ; 714 ; 723-30 ; 736-7 ; 739 ; 759 ; 774 ; 776.

Endogénéisation : 177 ; 259-60 ; 285 ; 293 ; 340-7 ; 349-1 ; 386 ; 399 ; 402 ; 679 ; 774.

État de santé : 254 ; 274 ; 284 ; 295 ; 305 ; 351 ; 361-363 ; 494 ; 548 ; 551 ; 579 ; 602 ; 663 ; 666 ; 672-674 ; 698.

États-Unis : 17 ; 31-6 ; 46 ; 50 ; 60 ; 100 ; 146 ; 175 ; 204 ; 263 ; 276 ; 281 ; 290 ; 295 ; 334 ; 342 ; 349 ; 351 ; 355 ; 360 ; 371 ; 416 ; 442 ; 493-5 ; 497-8 ; 526 ; 534 ; 556 ; 562 ; 583 ; 600 ; 627 ; 645 ; 679 ; 691 ; 695 ; 699 ; 704 ; 706 ; 724 ; 728 ; 736 ; 738 ; 749-50 ; 751 ; 754-5 ; 760 ; 764 ; 776 ;

Ethno-racial : 15 ; 24-7 ; 32-5 ; 46-7 ; 187 ; 246 ; 262 ; 355 ; 360 ; 363 ; 367-9 ; 372 ; 495 ; 498 ; 538 ; 556 ; 567 ; 579 ; 583 ; 585-7 ; 593 ; 595 ; 598 ; 636 ; 701 ; 724 ; 730 ; 754 ; 763.

– F –

Fonction publique : v. Emploi public

Formation : 84 ; 92 ; 97 ; 99 ; 104 ; 120 ; 160 ; 173-4 ; 177 ; 199 ; 210 ; 256 ; 272 ; 276 ; 294 ; 351 ; 424 ; 434 ; 475 ; 673 ; 678-9 ; 688 ; 692-704 ; 754 ; 765.

Fortune : 14 ; 418 ; 437 ; 476 ; 478 ; 484 ; 497 ; 499 ; 500 ; 567 ; 624 ; 665 ; 675.

– G –

Gendarme adjoint volontaire : v. Contrats aidés.

Genre : 16 ; 28 ; 220 ; 242 ; 245 ; 292 ; 354 ; 356 ; 360 ; 509 ; 557 ; 655 ; 659-61 ; 665 ; 675 ; 677-9 ; 690-1 ; 696 ; 733 ; 749 ; 757 ; 764.

Géographie prioritaire : 45 ; 87 ; 92-3 ; 286 ; 410 ; 418 ; 426 ; 430 ; 432 ; 434 ; 439 ; 446 ; 451 ; 456 ; 463 ; 464 ; 469 ; 475 ; 478 ; 486 ; 492 ; 495 ; 497 ; 494 ; 500 ; 504 ; 523 ; 532 ; 533 ; 538 ; 543 ; 717 ; 736.

Grossesse : 274 ; 362 ; 655 ; 658-662 ; 665.

Guide de bonnes pratiques : 78 ; 84 ; 97 ; 99 ; 107 ; 114 ; 147 ; 156 ; 159 ; 172-3 ; 176-7 ; 179 ; 184-5 ; 207 ; 21 ; 212-3 ; 216-7 ; 219 ; 239 ; 253 ; 277 ; 292-3 ; 295 ; 345 ; 350 ; 378 ; 399 ; 432 ; 549 ; 550 ; 560 ; 623 ; 634 ; 656 ; 664 ; 679 ; 683 ; 695-6 ; 743.

– H –

Handicap : 14-5 ; 92 ; 97 ; 188 ; 214 ; 236 ; 246 ; 273 ; 282 ; 286 ; 355 ; 358 ; 361 ; 367 ; 367 ; 369 ; 372 ; 410 ; 415 ; 421 ; 425 ; 436-40 ; 476 ; 485 ; 490 ; 513 ; 516 ; 526 ; 551 ; 560 ; 561 ; 566 ; 56 ; 568 ; 573 ; 578 ; 602 ; 617-8 ; 634 ; 645 ; 647 ; 649 ; 651 ; 655-6 ; 658 ; 661 ; 665 ; 667 ; 671 ; 672-4 ; 676 ; 696 ; 712 ; 732 ; 743 ; 749 ; 764.

Harcèlement ; harcèlement, discriminatoire, harcèlement sexuel) : 273 ; 285 ; 293 ; 295 ; 308 ; 351 ; 360 ; 370 ; 382 ; 547 ; 560 ; 568-9 ; 573 ; 614-5 ; 624 ; 673-4 ; 677-8 ; 682 ; 700 ; 748-9.

Haute autorité de lutte contre les discriminations : 10 ; 46 ; 148 ; 210 ; 213 ; 270 ; 287 ; 289 ; 301 ; 351 ; 419 ; 546 ; 549 ; 560 ; 565 ; 567 ; 578 ; 595 ; 598 ; 610 ; 650 ; 665 ; 682 ; 731 ; 761.

– I –

Identité de genre : 28 ; 284 ; 361 ; 551 ; 655-656 ; 675 ; 677-679 ; 764.

Inclusion : 95-6 ; 99 ; 110 ; 143 ; 154 ; 165 ; 195 ; 204 ; 230 ; 292 ; 298 ; 303 ; 353 ; 355-6 ; 357 ; 363 ; 424 ; 539 ; 552 ; 640-1 ; 646 ; 647 ; 654 ; 656 ; 660 ; 666 ; 678 ; 683 ; 685 ; 692-5 ; 705 ; 740 ; 749 ; 756-7 ; 763-7 ; 775.

Indicateurs : 104-105 ; 119 ; 153 ; 196-197 ; 235 ; 246 ; 281-282 ; 345 ; 350 ; 368 ; 497 ; 561-570 ; 726.

Inégalités : 22 ; 31-2 ; 43 ; 44 ; 64-5 ; 68 ; 70 ; 73 ; 76 ; 82-3 ; 85 ; 91 ; 107 ; 172 ; 204-5 ; 221 ; 259 ; 360-1 ; 386 ; 405 ; 407-8 ; 410-3 ; 545 ; 567 ; 603 ; 617 ; 646 ; 674 ; 691 ; 694 ; 701 ; 754 ; 757 ; 769 ; 772-5.

Injonction (à la discrimination) : 273 ; 286 ; 370.

Insertion : 92 ; 97 ; 195 ; 369 ; 426 ; 446-456 ; 471 ; 476 ; 490 ; 501 ; 505 ; 525-526 ; 531 ; 636 ; 658 ; 667-672 ; 764.

Investissement socialement responsable : 146 ; 195.

– J –

Justice sociale : 30 ; 49 ; 64 ; 177 ; 386 ; 402 ; 413 ; 542 ; 724.

Justification (discrimination) : 272 ; 286 ; 295 ; 365 ; 376 ; 494 ; 499-506 ; 541 ; 554 ; 572 ; 602 ; 610 ; 617 ; 641 ; 682 ; 752.

– L –

Label : 47 ; 78 ; 100 ; 131-3 ; 143 ; 145 ; 153 ; 156 ; 158 ; 163 ; 172 ; 175 ; 177 ; 18 ; 185 ; 187 ; 195-7 ; 202 ; 207 ; 210 ; 215 ; 218 ; 218-224 ; 256 ; 269 ; 270 ; 291-2 ; 294-5 ; 308 ; 319 ; 329 ; 334 ; 345 ; 360 ; 369 ; 381 ; 383 ; 386 ; 397 ; 482 ; 546 ; 550 ; 556 ; 566 ; 568 ; 571 ; 611 ; 614 ; 623-5 ; 627 ; 633 ; 695 ; 774.

Laïcité : 375 ; 652-3 ; 684 ; 686.

Légitimité : 30 ; 35 ; 39 ; 49 ; 64-5 ; 68 ; 86 ; 89 ; 129 ; 132 ; 138 ; 151-2 ; 154-5 ; 157 ; 177 ; 190 ; 204 ; 211 ; 217-8 ; 222 ; 239 ; 253 ; 258 ; 260 ; 262 ; 272 ; 278 ; 286 ; 289 ; 291 ; 312 ; 328-9 ; 340 ; 350 ; 353 ; 356 ; 365-6 ; 373 ; 376-7 ; 404 ; 408 ; 411 ; 413 ; 494-5 ; 499 ; 501 ; 503-5 ; 510 ; 534 ; 550-1 ; 553 ; 556-7 ; 570 ; 572 ; 591 ; 596 ; 602 ; 605 ; 609 ; 617 ; 629 ; 630 ; 632 ; 635 ; 641 ; 646-8 ; 663 ; 674 ; 682 ; 687-8 ; 691 ; 699 ; 700 ; 703 ; 712 ; 715 ; 718 ; 73-4 ; 728 ; 766 ; 770 ; 773.

LGBT+ : 1 ; 28 ; 678-9.

Lieu de résidence : 21 ; 25 ; 284 ; 361 ; 367 ; 476 ; 493 ; 497 ; 499-500 ; 537 ; 626 ; 743.

Logement : 14 ; 22 ; 595.

– M –

Mainstreaming : v. Approche intégrée.

Managérialisation : v. Endogénéisation.

Marchés publics : 82 ; 95 ; 97-104 ; 165 ; 212 ; 276.

Masse critique : 747-752.

Mesure de la diversité : 39 ; 41 ; 45 ; 47 ; 112 ; 166 ; 173 ; 179 ; 186 ; 188 ; 238 ; 246 ; 273 ; 282 ; 361 ; 369 ; 544-94 ; 628 ; 638 ; 716 ; 726 ; 730-1 ; 720 ; 765 ; 775.

Minorités visibles : 14 ; 15 ; 47 ; 151 ; 732.

Mixité : v. Parité.

Multiculturalisme : 6 ; 17 ; 37 ; 108 ; 144 ; 176 ; 684 ; 700 ; 760-763.

– N –

Nom de famille : 25 ; 361 ; 494 ; 595 ; 600 ; 675.

– O –

Orientation sexuelle : 15 ; 21 ; 28 ; 246 ; 294 ; 355 ; 360-361 ; 363 ; 551 ; 579 ; 617 ; 655 ; 658 ; 661-662 ; 675 ; 677-679 ; 689 ; 696 ; 699 ; 724 ; 764.

Origine :

- Ethnique : v. Ethno-racial.
- Géographique : 21 ; 25-6 ; 52 ; 445-6 ; 486 ; 492 ; 496 ; 587 ; 594-5 ; 713 ; 752 ; 759.
- Sociale : 43 ; 88 ; 188 ; 273 ; 368 ; 445 ; 500-1 ; 530 ; 534 ; 737.

Outreach : 92 ; 424-7 ; 476 ; 482.

– P –

Parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et de l'État : 441 ; 471-475 ; 486 ; 489-490 ; 492 ; 496 ; 499 ; 508-513 ; 516 ; 522 ; 523.

Parentalité : 188 ; 318 ; 367 ; 621 ; 659 ; 660 ; 662 ; 663 ; 665 ; 666 ; 679.

Parité : 15 ; 41 ; 57 ; 174 ; 184 ; 207 ; 245 ; 249 ; 268 ; 351 ; 353 ; 355 ; 659 ; 660 ; 716-7 ; 722 ; 733 ; 749 ; 750-1 ; 754 ; 757.

Patronyme : v. Nom de famille.

Pourquoi pas moi ? (contrat) : 45 ; 76 ; 93 ; 429-2 ; 468 ; 522 ; 737.

Préjugés : v. Stéréotypes.

Preuve : 198 ; 275-6 ; 295 ; 350 ; 368 ; 503 ; 565 ; 573 ; 606 ; 617 ; 619 ; 623.

Prévention (des discriminations) : 147 ; 174 ; 185 ; 198 ; 256 ; 276 ; 277 ; 278-9 ; 284-5 ; 287 ; 289 ; 291-2 ; 295 ; 300 ; 321 ; 325 ; 338 ; 350-1 ; 411-2 ; 546-71 ; 775.

– Q –

Quartier prioritaire de la politique de la ville : v. Géographie prioritaire.

Quota : 32 ; 33 ; 74 ; 188 ; 224 ; 245 ; 444 ; 464 ; 474-5 ; 523 ; 549 ; 716 ; 733 ; 737 ; 750 ; 757 ; 759 ; 763.

– R –

« Race » : 13 ; 15 ; 24-26 ; 33 ; 46 ; 273 ; 274 ; 342 ; 350 ; 361 ; 368 ; 369 ; 373 ; 494 ; 527 ; 583 ; 585-7 ; 593 ; 598 ; 675 ; 684 ; 696 ; 730 ; 745 ; 752 ; 757.

Redistribution : v. compensation.

Religion : 7-8 ; 13 ; 15 ; 17-8 ; 26 ; 184 ; 246 ; 274 ; 361-2 ; 372-7 ; 484 ; 495 ; 506 ; 551 ; 556 ; 579 ; 595 ; 598 ; 645-7 ; 650 ; 652-3 ; 655 ; 675 ; 680-6 ; 699 ; 712-3 ; 724 ; 730 ; 745 ; 752 ; 762-4.

REP : v. Géographie prioritaire.

Reporting : 47 ; 201 ; 226-52 ; 274 ; 278 ; 280-2 ; 304 ; 321 ; 333 ; 345 ; 387 ; 393.

Représentation équilibrée des femmes et des hommes : v. Parité.

Représentation de la diversité : 14 ; 40-1 ; 105 ; 173 ; 193 ; 213 ; 274 ; 384 ; 411 ; 692 ; 705-11 ; 713-4 ; 717 ; 722-3 ; 727 ; 731-4 ; 737 ; 739-41 ; 744-6 ; 750-1 ; 754-5 ; 757-8 ; 760-3 ; 765.

Représentation politico-juridique : 56 ; 715.

Représentation-miroir : 714-6 ; 722-3 ; 731 ; 761.

Représentativité : 39 ; 568 ; 711-29 ; 731 ; 737 ; 740 ; 751 ; 757.

Responsabilité juridique : 263 ; 307-39.

Responsabilité sociale : v. RSO.

Ressenti de discrimination : 583 ; 587 ; 596 ; 598-9 ; 603 ; 689 ; 752.

Revenus : v. Fortune.

Role model : 399 ; 538 ; 735-8 ; 740 ; 746 ; 754 ; 756.

RSE : v. RSO.

RSO: 133 ; 144 ; 147 ; 152 ; 177 ; 183 ; 221 ; 226 ; 232 ; 239-40 ; 263 ; 279 ; 282 ; 297-306 ; 313 ; 318 ; 322 ; 334 ; 339 ; 371 ; 386-7 ; 391 ; 394 ; 404 ; 627 ; 660.

– S –

Sensibilisation : v. Formation.

Sexe : 13 ; 15 ; 21 ; 28 ; 46 ; 188 ; 243 ; 273 ; 274 ; 282 ; 286 ; 294 ; 295 ; 342 ; 350 ; 355 ; 358 ; 360-2 ; 369 ; 415 ; 506 ; 516 ; 551 ; 562 ; 567 ; 573 ; 578 ; 602 ; 605 ; 617-8 ; 624 ; 635 ; 647 ; 655 ; 658 ; 661 ; 662 ; 665 ; 671 ; 677-9 ; 685 ; 689 ; 691 ; 712 ; 716 ; 717 ; 724 ; 726 ; 743 ; 749-52 ; 759.

Signalement : v. Alerte professionnelle.

Situation de famille : 273 ; 294 ; 361 ; 602 ; 605 ; 655 ; 658-63.

Statistiques ethniques : v. Mesure de la diversité.

Sourcing : 92 ; 426.

Stéréotypes : 18 ; 25 ; 28 ; 29 ; 174 ; 294 ; 336 ; 350 ; 355 ; 360 ; 361 ; 365 ; 366 ; 369 ; 376 ; 567 ; 617 ; 621 ; 635 ; 640 ; 659 ; 660 ; 666-8 ; 687-708 ; 732-765.

Stigmatisation : 246 ; 291 ; 372 ; 533 ; 537-40 ; 566 ; 597 ; 630 ; 690 ; 732 ; 739 ; 748 ; 754 ; 756.

Suivi : 9 ; 127 ; 158 ; 180 ; 189-98 ; 228 ; 250 ; 252-56 ; 276-82 ; 378 ; 435 ; 571 ; 611 ; 623.

– T –

Testing : 197 ; 279 ; 383 ; 546 ; 564 ; 673.

Transgenre : v. LGBT.

Transsexualisme : v. LGBT.

– U –

Universalisme : 23 ; 70 ; 355 ; 409 ; 412 ; 414 ; 416 ; 543 ; 551 ; 655 ; 707 ; 715 ; 722 ; 729 ; 737 ; 740 ; 760 ; 767 ; 768 ; 774-5.

– V –

Vie personnelle : 57 ; 516 ; 659-666.

Vulnérabilité économique : 273 ; 361 ; 499 ; 500 ; 624 ; 675.

TABLES DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS ..... **V**

TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS ..... **IX**

SOMMAIRE ..... **XV**

INTRODUCTION **1**

§ 1 – La signification de la diversité 1

A – Constats 1

B – Exploration 2

1 – Les mots de la diversité 3

2 – La grammaire de la diversité 9

3 – Les propriétés de la diversité 15

C – Définition 16

1 – Positionnement général 16

2 – Précisions 17

§ 2 – Les finalités de la diversité 21

A – Les maux de la diversité 22

1 – Aux États-Unis 23

2 – En France 26

a – Fermeture sociale 26

b – Discriminations 32

B – La valeur utilitariste de la diversité 36

§ 3 – La traduction juridique de la diversité 38

A – La difficulté de penser la diversité comme objet du droit 39

B – La démarche de l'étude 42

C – La démonstration 47

PARTIE 1 UN DROIT DE LA RÉGULATION **55**

TITRE 1 LES DÉTERMINANTS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION 57

CHAPITRE 1 LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION 61

Section 1 – Un droit contractuel 63

§ 1 – La polyvalence des contrats relatifs à la diversité 65

A – Des outils collaboratifs 65

1 – La coordination des acteurs 66

2 – La formalisation de partenariats 68

B – Des outils normatifs 73

1 – La contractualisation de clauses relatives à la diversité dans les relations commerciales privées 74

2 – La contractualisation de clauses relatives à la diversité dans les marchés publics 75

§ 2 – L'hétérogénéité des contrats relatifs à la diversité 80

Section 2 – Un droit souple 86
§ 1 – Le droit souple saisi par ses effets 87
A – Un droit souple difficile à cerner 88
1 – Saisir le droit souple en négatif du droit dur 89
2 – Saisir le droit souple par sa fonction normative 92
B – Un droit souple caractérisé par ses effets 96
1 – La notion d'effet du droit souple 97
2 – La détermination des effets du droit souple 102
§ 2 – Les principaux effets des instruments souples relatifs à la diversité 107
A – Les effets sur le réel 108
1 – Les leviers d'effectivité dissuasifs 109
2 – Les leviers d'effectivité persuasifs 117
a – Les leviers vertueux 117
b – Les autres leviers émotionnels et psychologiques de persuasion 123
B – L'effet normatif emprunté au droit dur 127
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 131
CHAPITRE 2 LE FONCTIONNEMENT D'UN DROIT DE LA RÉGULATION 133
Section 1 – Un droit autorégulé 134
§ 1 – Un droit fondé sur le volontarisme des acteurs 134
A – Une logique proactive 134
B – Un moteur incitatif 139
§ 2 – Un droit fondé sur la liberté des acteurs 141
A – La liberté de définir la norme et de s'y conformer 143
1 – La définition des objectifs et des moyens 143
2 – La définition des publics visés 148
B – La liberté de suivi 151
1 – Le principe du suivi 151
2 – Les moyens du suivi 157
Section 2 – Un droit corégulé 166
§ 1 – L'encouragement des démarches volontaires portant sur la diversité 168
A – Les incitations unilatérales 170
B – La coproduction normative 175
1 – Le référentiel de bonnes pratiques du Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire 176
2 – Le Label diversité 178
§ 2 – Le contrôle des démarches volontaires portant sur la diversité 184
A – Le *reporting* sur la diversité 185
1 – Le reporting sur les actions de la société visant à promouvoir les diversités 188
2 – Le reporting sur la politique de diversité de la société appliquée aux instances dirigeantes 196
a – La description de la politique de diversité 196
b – Les informations sur l'application d'un Code de gouvernement d'entreprise 201

B – Vers un droit de la *compliance* ? 205
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 211
CONCLUSION DU TITRE 1 213
TITRE 2 LES IMPLICATIONS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION 215
CHAPITRE 1 LES TERMES D'UNE COHABITATION 217
Section 1 – Droit de la régulation relatif à la diversité et droit de la non-discrimination 217
§ 1 – Les hésitations 218
A – La faiblesse de l'articulation des cadres juridiques de l'action publique 218
1 – Une articulation n'allant pas de soi 218
a – Un paradigme de la diversité étranger aux notions juridiques de la discrimination 219
b – Des normes relatives à la diversité étrangères aux régimes juridiques de la discrimination 226
2 – Une articulation impensée 229
B – La faiblesse de l'effectivité du cadre juridique de la non-discrimination 238
§ 2 – Les apports 243
A – La diffusion du droit dur 244
B – La standardisation de mesures de prévention des discriminations 246
C – La construction du droit 248
Section 2 – Responsabilité sociale et responsabilité juridique 253
§ 1 – Une responsabilité sociale affirmée 254
A – Les sources de la responsabilité sociale 255
B – Les effets de la responsabilité sociale 258
§ 2 – Une responsabilité juridique incertaine 260
A – Le cadre de la sanction des comportements déviants à la norme relative à la diversité 261
B – Les sanctions des comportements déviants à la norme relative à la diversité envisageables 265
1 – Les sanctions recherchées par une partie prenante juridiquement liée à l'émetteur de la norme relative à la diversité 267
a – Les sanctions recherchées à l'initiative d'une partie prenante interne à l'organisation 267
b – Les sanctions recherchées à l'initiative d'une partie prenante externe à l'organisation 270
2 – Les sanctions recherchées par une partie prenante non juridiquement liée à l'émetteur de la norme relative à la diversité 271
a – Les sanctions recherchées sur le fondement de qualifications de droit commun 271
b – Les sanctions recherchées sur le fondement de qualifications spécifiques 277
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 281
CHAPITRE 2 UNE SOURCE DE TENSIONS 283
Section 1 – Les risques du droit de la régulation relatif à la diversité 283
§ 1 – La managérialisation du droit 283
§ 2 – La marginalisation du droit 288
A – L'affaiblissement du droit de la non-discrimination 288
1 – Le travestissement du droit de la non-discrimination 288

2 – L'altération du droit de la non-discrimination 294
a – Les contradictions téléologiques avec le droit de la non-discrimination 295
b – L'appauvrissement du droit de la non-discrimination 299
α – Un cantonnement à certaines catégories d'action 300
i – La dilution des motifs 300
ii – L'impasse sur certains motifs 304
β – Une ignorance des dynamiques individuelles et collectives de la discrimination 312
B – Le dévoiement de la norme relative à la diversité 313
Section 2 – La légitimité du droit de la régulation relatif à la diversité 321
§ 1 – La faible légitimité politico-juridique du droit de la régulation relatif à la diversité 321
A – La faible légitimité de l'autorégulation 322
1 – La contestation de la légitimité de l'auteur de la norme 322
2 – La contestation de la légitimité de la norme 324
B – La faible légitimité de la corégulation 328
§ 2 – Les facteurs de légitimation extrajuridique du droit de la régulation relatif à la diversité 331
A – L'objet de la régulation 331
B – L'adhésion au pouvoir 335
1 – Les sources d'adhésion 335
2 – Les facteurs d'adhésion 338
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 341
CONCLUSION DU TITRE 2 343
CONCLUSION DE LA PARTIE 1 345
PARTIE 2 UN DROIT DIFFÉRENCIALISTE 347
TITRE 1 LA COMPENSATION DES INÉGALITÉS 353
CHAPITRE 1 LES FORMES DE LA COMPENSATION 357
Section 1 – L'aménagement des règles de concurrence de l'emploi et des grandes écoles pour favoriser la diversité des recrutements 360
§ 1 – Les dispositifs d'*outreach* 360
§ 2 – Les dispositifs propédeutiques 364
A – La compensation des handicaps académiques 364
1 – Les contrats de partenariat entre les établissements de l'enseignement supérieur et du secondaire 365
2 – Les classes « Talents » 367
B – La compensation des handicaps matériels 370
Section 2 – La suspension des règles de concurrence de l'emploi public et des grandes écoles pour renforcer la diversité des recrutements 373
§ 1 – Les dispositifs transitoires d'insertion professionnelle dans l'emploi public 376
A – Les emplois aidés dans les forces de l'ordre 377
B – L'apprentissage 379
C – Le contrat de préparation aux concours de catégorie A et B 381

§ 2 – Les dispositifs alternatifs aux concours de droit commun dans la fonction publique et les grandes écoles 383
A – Les voies réservées de l'enseignement supérieur 385
1 – Le principe des conventions d'éducation prioritaire 386
2 – L'essaimage des conventions d'éducation prioritaire 390
B – Les voies réservées de la fonction publique 391
1 – Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et de l'État 392
2 – Les concours « Talents » 394
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 399
CHAPITRE 2 LA PORTEE DE LA COMPENSATION 401
Section 1 – La particularisation de la réponse juridique 402
§ 1 – Une lecture libérale des principes de l'ordre juridique 402
A – L'approche modernisée des principes constitutionnels 402
1 – La latitude du cadre constitutionnel 403
a – Une actualisation politique 403
b – Une application dynamique 406
2 – Les bornes du cadre constitutionnel 410
a – Les bornes traditionnelles 410
b – Les ambiguïtés résiduelles 414
B – La marge de manœuvre laissée par le droit de la non-discrimination 421
§ 2 – Une recomposition des principes de l'ordre juridique 428
A – Un dépassement des canons de l'ordre juridique 428
B – Une reconfiguration du principe d'égale admissibilité ? 433
Section 2 – Les limites de la réponse juridique 441
§ 1 – Les faiblesses de la compensation 441
A – Une compensation circonscrite 441
1 – Des effectifs restreints 442
2 – Des modalités fragiles 445
B – Une compensation illusoire ? 450
§ 2 – Les écueils de la différenciation 457
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 463
CONCLUSION DU TITRE 1 465
TITRE 2 LA PRÉVENTION DES DISCRIMINATIONS 467
CHAPITRE 1 LA GESTION PROCÉDURALE DU RISQUE DISCRIMINATOIRE 475
Section 1 – L'analyse du risque 475
§ 1 – Une analyse de la diversité stratégique 480
A – Un état des lieux des risques 480
1 – Un exercice de diagnostic 481
2 – Un exercice difficile 486

B – Un levier d'action 490
§ 2 – Une analyse de la diversité encadrée 495
A – L'encadrement des données 496
1 – Les données admises pour mesurer la diversité 496
a – Les données personnelles générales 497
b – Les données personnelles sensibles 498
2 – Les conditions de traitement des données pour mesurer la diversité 504
a – Les conditions générales de traitement pour mesurer la diversité 504
b – Les conditions spécifiques de traitement pour mesurer la diversité des origines 507
B – L'encadrement des sources 515
Section 2 – La sécurisation des *procédures* 517
§ 1 – Les principes de la sécurisation des *process* 518
A – La formalisation des *process* 519
1 – La formalisation des procédures de gestion des ressources humaines 519
2 – La formalisation des procédures de réclamation 521
B – L'objectivisation des *process* 524
1 – Le principe 524
2 – La mise en œuvre 528
§ 2 – Les limites de la sécurisation des *process* 535
A – Des principes diversement suivis 535
B – Un manque de recul critique 541
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 545
CHAPITRE 2 LA GESTION INCLUSIVE DU RISQUE DISCRIMINATOIRE 547
Section 1 – Les aménagements raisonnables 548
§ 1 – Une source d'inspiration 549
A – Les origines des aménagements raisonnables 549
1 – La formation dans les droits américain et canadien 549
2 – La transposition dans le droit national et le droit de l'Union européenne 552
B – L'adaptation des aménagements raisonnables dans les normes relatives à la diversité 557
§ 2 – Un principe d'aménagement 559
A – Les motifs de discrimination pris en compte 560
1– Les motifs aménagés à la croisée de l'environnement professionnel et de la vie privée 560
a – Les aménagements liés à la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle 563
b – Les aménagements liés à la parentalité 566
2 – Les motifs aménagés au prisme de l'insertion professionnelle et du maintien dans l'emploi 569
a – Les aménagements liés à l'âge 570
b – Les aménagements liés au handicap 572
B – Les motifs de discrimination négligés 578
1 – La nationalité, l'orientation sexuelle et l'identité de genre 578
2 – La religion 583

Section 2 – La déconstruction des stéréotypes et des préjugés 593
§ 1 – La formation et la sensibilisation des ressources humaines 597
A – Une approche pédagogique des stéréotypes et des préjugés 598
B – Une appréhension difficile des stéréotypes et des préjugés 603
§ 2 – La représentation de la diversité de la société française 608
A – La difficulté d'appréhender la représentation de la diversité 609
1 – Une formule non pertinente 611
a – La polysémie du mot « représentation » 611
b – L'équivocité téléologique de la représentation 615
α – La confusion avec la représentation-miroir dans les assemblées politiques 616
β – L'ambiguïté de la bureaucratie représentative dans les emplois publics 622
2 – Les objectifs vraisemblablement visés 628
a – La diffusion de modèles d'identification positive 630
b – L'évolution des représentations collectives 634
B – La fragilité de la mise en visibilité de la diversité pour infirmer les stéréotypes et les préjugés 641
1 – La faiblesse opératoire d'une masse critique 641
2 – Les contradictions de fond 646
a – Les apories d'un principe de présence 646
b – Les oscillations entre plusieurs logiques de présence 651
α – La logique économique 651
β – La logique de la reconnaissance 652
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 659
CONCLUSION DU TITRE 2 661
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 663
CONCLUSION GÉNÉRALE 665
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE 671
§ 1 – OUVRAGES 672
A – Ouvrages généraux, fascicules encyclopédiques 672
1 – Droit 672
2 – Autres disciplines 673
B – Ouvrages spéciaux 675
1 – Droit 675
2 – Autres disciplines 676
C – Thèses 680
1 – Droit 680
2 – Autres disciplines 682
§ 2 – ARTICLES 683
A – Articles de doctrine, contributions d'ouvrages et de colloques 683
1 – Droit 683

2 – Autres disciplines 712
B – Article de presse et médias, discours 737
§ 3 – CONCLUSIONS ET NOTES 742
A – Conclusions 742
B – Notes, observations et chroniques 742
§ 4 – RAPPORTS, ÉTUDES, RECOMMANDATIONS, GUIDES 752
A – Autorités publiques 752
B – Acteurs privés 766
TABLE CHRONOLOGIQUE DES DÉCISIONS, ARRÊTS, JUGEMENTS, AVIS ET DÉLIBÉRATIONS 773
§ 1 – CONSEIL CONSTITUTIONNEL 773
§ 2 – JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES 775
A – Conseil d'État 775
B – Juridictions de fond 777
§ 3 – JURIDICTIONS JUDICIAIRES 778
A – Cour de cassation 778
B – Juridictions du fond 780
§ 4 – JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE 783
§ 5 – JURIDICTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE 785
§ 6 – AUTORITÉS INDÉPENDANTES 787
§ 7 – JURIDICTIONS ÉTRANGERES 793
RÉFÉRENCES DES CONVENTIONS, CHARTES ET CODES DE CONDUITE 795
§ 1 – CONVENTIONS 795
§ 2 – CONVENTIONS ET ACCORDS PROFESSIONNELS 796
§ 3 – CHARTES ET CODES DE CONDUITE 798
INDEX 799
TABLES DES MATIÈRES 807

Contribution à l'étude du paradigme de la diversité en droit

Le thème de la diversité s'est imposé comme une figure marquante de la scène publique depuis le début du XXI^{e} siècle en France. Chargé d'une dimension programmatique, il renvoie essentiellement à la prise en compte de l'égalité des chances et des discriminations dans la société. Ce discours n'a pas échappé au droit, ainsi qu'en attestent les nombreuses normes qui ont pour thème la diversité. Cependant, en tant qu'objet du droit, la diversité semble par elle-même dépourvue d'attributs juridiques. Le terme est consacré juridiquement, sans pour autant être de nature juridique.

En dépit de ce paradoxe, il importe de considérer la manière dont la diversité comme objet du droit pénètre l'ordre juridique et le transforme. Telle est la démarche de cette étude qui propose de faciliter la compréhension des normes traitant de la diversité à travers leur mise en ordre dans le système juridique. Pour ce faire, la diversité est appréhendée comme un paradigme, au sens où elle détermine les problèmes posés et l'appareillage conçu pour y répondre. Dans les sciences épistémologiques, le paradigme conditionne le type d'instruments et les techniques impliqués dans la résolution du problème. La mise en évidence de cette rationalité instrumentale doit contribuer à l'étude du paradigme de la diversité en droit. À partir de ce cadre théorique, la thèse propose de mettre en exergue les spécificités de l'appareillage juridique découlant du paradigme de la diversité pour favoriser l'égalité des chances et lutter contre les discriminations.

Dans cette perspective, il apparaît que les normes relatives à la diversité se caractérisent par leur ancrage dans le réel. Parce qu'elles ont vocation à agir sur les lieux mêmes où se produisent les discriminations et où l'égalité des chances fait défaut en mobilisant les acteurs sociaux, elles diffèrent de l'acception classique de la norme, unilatérale, obligatoire et sanctionnée. De même, parce qu'elles sont destinées à agir sur les discriminations et les inégalités socioéconomiques, elles rompent avec l'universalisme abstrait qui caractérise traditionnellement la norme juridique.

Mots clés : Diversité ; Discrimination ; Égalité des chances ; Droit souple ; Convention ; Droit de la fonction publique ; Droit du travail

Contribution to the study of the diversity paradigm in law

Since the beginning of the 21st century in France, the theme of diversity has become a prominent figure on the public scene. With a programmatic dimension, it essentially refers to the consideration of equal opportunities and discrimination in society. This discourse has not escaped the law, as evidenced by the numerous norms that have diversity as their theme. However, as an object of law, diversity seems to lack legal attributes. The term is legally enshrined without being legal in nature.

Despite this paradox, it is important to consider how diversity as an object of law penetrates the legal order and transforms it. This is the approach of this study, which proposes to facilitate the understanding of norms dealing with diversity through their ordering in the legal system. To do so, diversity is apprehended as a paradigm, in the sense that it determines the problems posed and the apparatus designed to respond to them. In the epistemological sciences, the paradigm conditions the type of instruments and techniques involved in the resolution of the problem. The identification of this instrumental rationality should contribute to the study of the diversity paradigm in law. From this theoretical framework, the thesis proposes to highlight the specificities of the legal apparatus resulting from the diversity paradigm to promote equal opportunities and fight against discrimination.

In this perspective, it appears that the norms relating to diversity are characterized by their anchorage in reality. Because they are intended to act in the very places where discrimination occurs and where equal opportunities are lacking, by mobilizing social actors, they differ from the classic understanding of the norm, wich is unilateral, mandatory and sanctioned. Similarly, because they are intended to act on discrimination and socio-economic inequalities, they break with the abstract universalism that traditionally characterizes the legal norm.

Keywords : Diversity ; Discrimination ; Equal opportunity ; Soft law ; Agreement ; Public service law ; Labour law