

Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne

Tatiana Gründler

► **To cite this version:**

Tatiana Gründler. Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ? Les enseignements du système de la Charte sociale européenne . T. Gründler; J.-M. Thouvenin La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité, 2016, <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-lutte-contre-les-discriminations-a-lepreuve-de-son-effectivite/>>. <hal-01659374>

HAL Id: hal-01659374

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01659374>

Submitted on 8 Dec 2017

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.

Paru in T. Gründler et J.-M. Thouvenin La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité, Mission droit et justice
<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-lutte-contre-les-discriminations-a-lepreuve-de-son-effectivite/>

**Quelle effectivité de la lutte contre les discriminations ?
Les enseignements du système de la Charte sociale européenne**

Tatiana Gründler

Maître de conférences, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Centre de théorie et d'analyse du droit, équipe CREDOF, UMR 7074

Parmi les très nombreuses conventions de protection des droits de l'homme adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe à partir de la seconde moitié du 20^e siècle¹, deux textes se distinguent par la généralité de leur objet, la bien connue Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dont la portée est garantie par l'action efficace de la Cour européenne, et sa petite sœur, la Charte sociale européenne. Si l'organisation régionale a rompu formellement avec le principe d'indivisibilité des droits de l'homme pourtant acté en 1948 lors de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, elle a veillé à édifier la protection des droits sur deux piliers, celui des droits civils et politiques et celui des droits sociaux. La symétrie n'est pourtant qu'apparente. Alors que les Etats membres du Conseil de l'Europe sont nécessairement parties à la Convention de 1950, ils ont le choix de ratifier ou non la Charte de 1961². Alors que la Cour européenne est une véritable juridiction, le Comité européen des droits sociaux n'est, sur le modèle des Comités internationaux, qu'un organe d'experts indépendants même si le système de garantie des droits sociaux tend à se perfectionner³. Alors que pour les droits civils et politiques il existe un traité unique, assorti de ses protocoles successifs, deux textes coexistent s'agissant des droits sociaux, la Charte de

¹ M. Lamour et R. Lucas dénombrent deux-cent-dix-huit conventions adoptées au sein du Conseil de l'Europe (M. Lamour, R. Lucas, « La contribution des conventions du Conseil de l'Europe à la lutte contre les discriminations », *in ce rapport*).

² Actuellement, sur les quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe, quatre (Le Liechtenstein, Monaco, Saint-Martin, la Suisse) n'ont ratifié aucune des Chartes sociales européennes.

³ Après l'adoption du Protocole de 1991 modifiant le système de l'examen des rapports nationaux, celle du Protocole additionnel de 1995 instaurant la procédure de réclamations collectives devant le Comité confère à ce dernier une fonction quasi-juridictionnelle (Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne, 21 octobre 1991, Turin et Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, 9 novembre 1995, Strasbourg).

1961 et sa version révisée destinée à s'y substituer progressivement⁴. Alors que la Convention européenne est elle-même indivisible – la seule souplesse laissée aux Etats résidant dans l'énoncé éventuel de réserves – les Chartes sociales offrent aux Etats un choix⁵ des droits sur lesquels ils décident de s'engager⁶.

Conçu comme le « *pendant de la Convention européenne des droits de l'homme pour ce qui est des droits économiques et sociaux* »⁷, c'est-à-dire des droits répondant à un besoin social (droit à la protection de la santé, droit au logement, droit à l'assistance, etc.), mais aussi des droits reconnus aux travailleurs (droit à une rémunération, droit syndical, etc.), ce texte n'a pas pour objet la lutte contre les discriminations⁸. Tout au plus, à l'instar de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, prévoit-il, dès 1961, que « *la jouissance des droits sociaux doit être assurée sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* »⁹. A bien y regarder cependant, un certain nombre d'autres stipulations, plus précises, plus originales parfois, ont un rapport étroit avec l'égalité ou la non-discrimination, ce qui n'est en réalité pas surprenant pour un texte dédié aux droits sociaux dont la logique intrinsèque commune, au-delà de leurs singularités, est assurément (une logique) égalitaire¹⁰. D'ailleurs le principe de non-discrimination est hissé par le Comité chargé de la bonne application de la Charte au rang des valeurs communes sur lesquelles cette dernière est fondée¹¹. Le discours sur les discriminations produit au sein du système de la Charte sociale

⁴ Préambule de la Charte sociale européenne révisée 1996, §7. Depuis la ratification par la Grèce du nouvel instrument, neuf Etats demeurent liés par la première Charte sociale européenne (CSE) signée à Turin le 18 octobre 1961), et trente-quatre sont engagés au titre de la Charte sociale européenne révisée (CSE(R) signée à Strasbourg le 3 mai 1996).

⁵ Ce choix est encadré à l'article A –Engagements.

⁶ Voir Partie IV, article 20§1 de la CSE de 1961 et Partie II, article A §1 de la CSE(R) de 1996.

⁷ Site du Comité européen des droits sociaux, Résumé de la CSE 1961, URL : [<http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>].

⁸ Un traité de protection des droits de l'homme est, à en croire K. Vasak, nécessairement un instrument de lutte contre les discriminations puisqu'il a « *pour objet immédiat d'assurer à l'homme, sans discrimination aucune, la garantie et la protection d'un ou plusieurs droits de l'homme figurant dans la Déclaration universelle, que l'homme soit pris en tant que notion juridique ou en tant que membre d'une catégorie sociale donnée* ». (K. Vasak, « Le droit international des droits de l'Homme », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1974, p. 349.

⁹ CSE 1961, Préambule.

¹⁰ J.-F. Akandji-Kombe, « Le droit à la non-discrimination vecteur de la garantie des droits sociaux », in F. Sudre, J. Surrel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 183.

¹¹ Valeur aux côtés de la dignité, l'autonomie et la solidarité (CEDS, Conclusions 2006, Introduction générale, p. 10. Voir aussi CEDS, décision sur le bien fondé, FIDH c/ France, réclamation n° 14/2003, §27.).

mérite donc attention¹². Et cela d'autant plus que la France est juridiquement engagée depuis 1973 à l'égard de tous les droits sociaux – n'ayant pas fait le choix du système à la carte – et par le mécanisme de contrôle le plus perfectionné - celui des réclamations collectives¹³-. De ce fait, une forme de dialogue entre la France et le Comité européen des droits sociaux a pu s'instaurer sur un temps relativement long sur la question spécifique de la non-discrimination et donner lieu à des rencontres, des oppositions, des réactions, des inflexions, des résistances. Au-delà des points forts et des faiblesses du droit français de la non-discrimination dévoilés par le Comité européen, le système de la Charte sociale présente l'intérêt de se situer quelque part entre les instruments onusiens de protection des droits de l'homme, dont il se rapproche à la fois par les mécanismes de suivi et par des proximités conceptuelles, et les droits développés en Europe, tant dans le cadre de l'Union européenne que dans celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Les influences systémiques imprègnent particulièrement ce champ dans lequel le dynamisme dont est coutumier le Comité transparaît¹⁴. Ce dynamisme se mesure à l'aune des textes dont il contrôle la bonne application par les parties. Ceux-ci peuvent de prime abord apparaître assez décevants. Certes, la question discriminatoire n'est pas centrale lors de l'adoption de la première Charte sociale européenne. Pourtant, s'agissant d'un texte dont l'objet est de reconnaître des droits destinés à offrir aux individus des conditions dignes d'existence et à remédier aux inégalités les plus criantes, il est fait formellement peu de cas de l'égalité juridique. Quant à la version révisée, il peut sembler étonnant qu'elle ne soit pas davantage imprégnée ne serait-ce que du langage de la lutte contre les discriminations alors que les droits international et communautaire s'étaient déjà engagés dans cette voie au moment de son élaboration. Dans ce *corpus* textuel, sans être inexistante, l'ambition anti-discriminatoire reste mesurée (Section 1). La jurisprudence du Comité européen parvient cependant à révéler que le texte avait un potentiel réel en dévoilant et en exploitant ses richesses parfois insoupçonnées dans le champ des discriminations et renforçant incidemment l'effectivité des droits sociaux, en particulier des populations les plus vulnérables (Section 2).

Section 1. L'ambition anti-discriminatoire contenue dans les Chartes sociales

¹² R. Brillat, « Le principe de non-discrimination dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux », *Annales de la Faculté de droit économie et administration de Metz*, 2007, n° 7, p. 398.

¹³ La France a ratifié le 9 mars 1973 la Charte sociale européenne de 1961 et le 7 mai 1999 sa version révisée ainsi que le Protocole additionnel de 1995 prévoyant le système de réclamations collectives.

¹⁴ J.-P. Marguénaud, « Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », *Revue de droit public*, 2011, p. 685.

Dans le vaste ensemble textuel formant ce que l'on pourrait de façon conventionnelle désigner par l'expression « système de la Charte sociale », à savoir le texte originel et sa version révisée, mais également le Protocole de 1988 complétant le texte de 1961 sur les droits des travailleurs¹⁵, les occurrences des termes « discrimination », « distinction », « égalité » sont rares au regard du nombre et de la longueur des articles. Dans la Charte sociale initiale, le terme « égalité » est utilisé à trois reprises, celui de « *discrimination* » une seule fois, au sein du préambule, alors même que, dès les premiers mots du résumé de la Charte figurant sur le site du Comité européen des droits sociaux, il est affirmé que « *La Charte de 1961 garantit la jouissance sans discrimination des droits de l'homme économiques et sociaux fondamentaux, fixés dans le cadre d'une politique sociale que les Parties s'engagent à poursuivre par tous les moyens* ». Ce contraste entre la lettre du texte et le discours sur le texte nous semble constituer un premier indice de l'importance réelle de l'action anti-discriminatoire du système de la Charte sociale au sein du Conseil de l'Europe. Dans le texte de 1988, si le terme « distinction » demeure absent, ceux d'« égalité » et de « discrimination » sont chacun employés à quatre reprises, souvent dans les mêmes articles. Enfin, dans la version la plus récente de la Charte, texte il est vrai beaucoup plus long que les précédents, le changement linguistique est sensible puisque les rédacteurs y inscrivent à cinq reprises le terme de « *discrimination* », huit fois celui d'« égalité » quand le mot « *distinction* » fait une apparition¹⁶.

Pourtant les questions d'égalité et de non-discrimination nous semblent innover ces textes pour peu que l'on sache les y débusquer. L'analyse de ce panel de textes révèle deux prises en compte des discriminations. L'une assumée comme telle, qui se traduit d'une part par l'emploi d'un terme emprunté au lexique discriminatoire et d'autre part par la prohibition d'une telle pratique (§1). L'autre, plus effacée, moins visible, consistant à protéger certaines catégories, perçues comme plus vulnérables. Si les termes de discrimination ou d'égalité ne sont pas mentionnés dans les textes afférents, il n'en reste pas moins que c'est bien une égalité réelle que visent les rédacteurs des traités, conscients du fait que certaines catégories de personnes sont traditionnellement discriminées (§2).

§1. Des discriminations explicitement interdites

¹⁵ Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, STCE n°128, Strasbourg, 5 mai 1988 qui lie encore quelques Etats. La Croatie, le Danemark, l'Espagne ainsi que la République tchèque sont toujours parties à la Charte de 1961 et à son Protocole additionnel de 1988.

¹⁶ Voir Partie IV, article 20§1 de la CSE de 1961 et Partie II, article A§1 de la CSERév de 1996.

La prohibition des discriminations dans le système de la Charte sociale européenne est double. Elle consiste tout d'abord, et ce depuis l'origine, dans l'interdiction de discriminer dans la jouissance des droits sociaux consacrés, clause classique des instruments de protection des droits de l'homme (A)¹⁷. L'interdiction se fait ensuite plus spécifique, se focalisant sur un domaine, celui de l'emploi et privilégiant certains motifs (B).

A. L'interdiction générale des discriminations dans la jouissance des droits sociaux

Insérée au sein du Préambule du traité de 1961, la clause transversale de garantie de non-discrimination dans la jouissance des droits fondamentaux énoncés figure désormais dans le corps du texte le plus récent. L'article E dispose en effet que « *la jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation.* » Malgré ce changement symbolique qui témoigne de l'importance accrue accordée au principe de non-discrimination dans la Charte de 1996 et quelques adaptations mineures, les deux textes s'inscrivent incontestablement dans la continuité.

Si le vocabulaire n'est pas totalement stabilisé, les différences littérales ne sont pas significatives. Ainsi le terme « *discrimination* » présent dans le texte originaire¹⁸ n'apparaît plus dans la version la plus récente qui lui préfère celui de « *distinction* » sans que cela ne traduise une rupture puisque le premier est conservé en titre.

Le nombre de motifs visés s'est en revanche accru. Aux sept motifs initiaux (race, couleur, sexe, religion, opinion politique, ascendance nationale, origine sociale) cinq ont été ajoutés (langue, toute autre opinion, santé, appartenance à une minorité nationale, naissance). Et comme l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'article E de la Charte révisée suggère le caractère non exhaustif de cette liste désormais précédée de l'adverbe « *notamment* » et se terminant par l'expression « *toute autre situation* ». Au-delà de cette parenté, deux différences avec le texte de protection des droits

¹⁷ Voir notamment l'article 2, §2 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, l'article 2, §1 du Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966, l'article 2, §1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, l'article 1^{er}, §1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

¹⁸ « *Considérant que la jouissance des droits sociaux doit être assurée sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* ».

civils et politiques sont toutefois à noter s'agissant des motifs : la santé, motif contenu à l'article E, n'est pas mentionnée à l'article 14 de la Convention européenne ; à l'inverse, la fortune n'est pas incluse dans les motifs pris en compte par la Charte sociale européenne révisée, ce qui peut surprendre au regard des objets respectifs de ces deux textes. Les experts européens qui n'avaient pas attendu cette invite faite par le texte pour admettre l'existence de motifs de discrimination non consacrés explicitement ont poursuivi l'intégration de motifs non formulés tels que le handicap¹⁹, l'orientation sexuelle²⁰ ou l'âge²¹.

Quant au champ matériel de la règle de non-discrimination, le texte de 1996 se fait plus précis préférant à la formule générale de 1961 « *jouissance des droits sociaux* » celle de « *jouissance des droits reconnus dans la présente Charte* », sachant que le Comité d'experts avait déjà admis que cette clause de non-discrimination contenue dans le préambule s'appliquait à toutes les dispositions de la Charte²².

Enfin les deux conventions se montrent avares de définition de la notion de discrimination ; le texte le plus récent pallie de façon imparfaite le silence initial par une simple définition négative de la notion précisant qu'« *une différence de traitement fondée sur une justification objective et raisonnable n'est pas considérée comme discriminatoire* »²³.

L'évolution contenue des instruments conventionnels est pourtant, à en croire le site du Comité européen des droits sociaux²⁴, un renforcement du principe de non-discrimination. Il est vrai que quelques dispositions anti-discriminatoires ont été ajoutées.

B. L'interdiction de discriminations ciblées

Si l'on excepte l'importante clause générale de non-discrimination, c'est exclusivement dans le champ de l'emploi que l'on trouve explicitement prosrites les discriminations. Deux motifs sont alors pris en compte, l'un déjà classique puisque connu de l'autre Europe au moment de son intégration dans le système de la Charte sociale, le sexe, l'autre plus original, encore aujourd'hui, celui des responsabilités familiales.

¹⁹ CEDS, décision sur le bien fondé MDAC c/ Bulgarie, réclamation n°41/2007.

²⁰ CEDS, décision sur le bien fondé INTERIGHTS c/ Croatie, réclamation n°45/2007.

²¹ CEDS, décision sur le bien fondé FFFS c/ Norvège, réclamation n°74/2011.

²² CEDS, conclusions XV-1 France, article 5, p. 263 : « *le préambule renferme un principe général de non-discrimination s'appliquant à l'ensemble des dispositions de la Charte* ».

²³ Annexe de la Charte de 1996.

²⁴ Voir résumé de la CSE(R) établi sur le site du CEDS.

Du point de vue de l'interdiction des discriminations, le tournant date de 1988 avec l'adoption du Protocole à la Charte sociale européenne. Cherchant à renforcer les droits des travailleurs celui-ci s'est logiquement attardé sur la question des discriminations dans l'emploi, en particulier celles fondées sur le sexe. L'article 20 de la CSE(R) en est d'ailleurs l'exacte reprise²⁵ : « *Tous les travailleurs ont droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe* ». L'interdit concerne plus précisément le licenciement, la réinsertion professionnelle, l'orientation professionnelle, les conditions d'emploi dont la rémunération, le déroulement de carrière dont les promotions.

Les rédacteurs s'efforcent en outre de mieux définir la notion de discrimination en explicitant ce que n'est pas une discrimination : « *les mesures de protection des femmes notamment lors de la grossesse, l'accouchement et la période post natale ne peuvent être assimilées à des discriminations, étant entendu que ces actions spécifiques sont transitoires et appelées à disparaître progressivement, une fois l'objectif de l'égalité atteint* »²⁶. Transparaît alors une approche de l'égalité plus réelle que formelle, davantage dans la tradition des Comités onusiens²⁷ qu'héritée de la conception républicaine française.

Si la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe dans l'emploi ne présente déjà plus, à l'époque, une grande originalité, le droit de l'Union ayant de façon précoce investi ce champ²⁸, est en revanche plus novatrice la prise en compte d'un autre motif, celui des responsabilités familiales.

Il s'agit-là d'une innovation inscrite à l'article 27 de la Charte révisée. L'ambition égalitaire apparaît dans son titre : « *Droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement* ». Sans la nommer²⁹, cette disposition vise une double discrimination : tout d'abord l'égalité entre les deux sexes au sein des travailleurs ayant des responsabilités familiales, ce qui revient à interdire les discriminations fondées sur le sexe

²⁵ Ceci est d'ailleurs dit dans le rapport explicatif de la CES(R) : « *les points 20 à 23 sont repris du Protocole additionnel à la Charte de 1988 et ne sont pas amendés* ».

²⁶ Éléments de définition des discriminations insérés dans le Protocole à propos et repris en annexe de la Charte de 1996.

²⁷ Voir S. Grosbon, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », in T. Dumortier, T. Gründler, J.-M. Thouvenin (dir.), « Les freins à la lutte contre les discriminations », *Revue des droits de l'homme*, 2016, 9, URL : [<https://revdh.revues.org/2062>].

²⁸ On peut noter à ce propos que le système de la Charte sociale européenne suit la même chronologie que le droit de l'Union européenne. Celle-ci a d'abord énoncé l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes (article 119 du Traité de Rome de 1957), avant de généraliser l'interdiction de discriminer dans l'emploi sur le fondement du sexe. C'est dans le même ordre que les Chartes ont appréhendé cette question d'égalité entre les sexes, d'abord, sous le seul angle de l'égalité salariale (article 4 §3 de la CSE), puis, plus généralement (article 20 de la CSE(R) à la suite du Protocole).

²⁹ Le terme est en revanche employé dans la partie 1 de la Charte sociale révisée : article 27 : « *Toutes les personnes ayant des responsabilités familiales et occupant ou souhaitant occuper un emploi sont en droit de le faire sans être soumises à des discriminations et autant que possible sans qu'il y ait conflit entre leur emploi et leurs responsabilités familiales* ».

entre les travailleurs assumant de telles charges ; ensuite l'égalité entre les travailleurs ayant de telles responsabilités (quel que soit leur sexe) et les autres travailleurs, c'est-à-dire sans responsabilité familiale. Ce motif inexistant dans les autres instruments de lutte contre les discriminations est digne d'intérêt dans la mesure où il prend acte du constat souvent fait selon lequel les responsabilités familiales sont la cause d'un déroulement de carrière rendu plus complexe, moins rapide, plus sinueux du fait des interruptions de travail qu'elles induisent, mais aussi d'une attractivité moindre de la personne ayant de telles charges pour l'employeur en raison d'une disponibilité présumée inférieure. C'est une première audace textuelle que de prendre en compte cela. C'en est une autre que de tenter de corriger le fait que de telles responsabilités pèsent, dans la société actuelle, de façon inégale sur les deux sexes. Bien entendu les recompositions familiales et la diversité croissante des organisations familiales – homoparentales, monoparentales – rendront peut-être caduque à terme cette prise en compte de l'impact genré des charges familiales sur la vie professionnelle. Mais c'est l'un des intérêts de ce texte européen que de s'en assurer dès à présent. C'en est encore une d'indiquer aux Etats la nécessité d'adopter des « *mesures appropriées* » pour compenser ce handicap professionnel.

A ces textes prohibant expressément les discriminations s'ajoutent des dispositions qui, sans se présenter comme tels, sont *de facto* des outils de la lutte européenne contre des comportements distinctifs illégitimes.

§2. Une protection implicite contre des discriminations

L'analyse des textes constituant le système de la Charte sociale européenne fait ressortir deux types de ressources peu visibles et néanmoins décisives dans la lutte contre les discriminations, l'une générale (A), l'autre plus catégorielle (B), privilégiant dans les deux cas le champ de l'emploi sans pour autant s'y limiter.

A. Le champ de l'emploi privilégié

L'article 1^{er} paragraphe 2, inchangé dans les deux traités, stipule que les parties s'engagent « à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ». Il n'est dans ce texte fait mention ni de l'égalité ni de discriminations. Pourtant le Comité l'a interprété comme impliquant la liberté d'accès au travail dont l'un des aspects fondamentaux est, à ses yeux, l'interdiction de toute discrimination en matière

d'emploi³⁰. Il en déduit que les législations nationales doivent interdire toute discrimination dans l'emploi³¹, c'est-à-dire susceptible de se produire lors du recrutement ou dans les conditions d'emploi (rémunération, formation, promotion, mutation, licenciement, sanction, etc.)³². A défaut de précision textuelle, tous les motifs sont potentiellement concernés. Notons que la situation des Etats ayant accepté les dispositions spécifiques sur la non-discrimination fondée sur le sexe (article 20 *supra*) ou sur le handicap (article 15 §2, *infra*) est examinée sur ces bases juridiques.

B. Des catégories de personnes privilégiées

Ce dispositif est complété par plusieurs articles promouvant l'égalité en faveur de catégories de personnes qui sont traditionnellement envisagées en droit comme victimes de discrimination (femmes, personnes handicapées, étrangers³³).

Les deux Chartes exigent par exemple que soient adoptées des mesures de protection des femmes dans le champ de l'emploi. Pour autant on constate que l'étendue de cette protection s'est réduite entre 1961 et 1996. Ainsi l'article 8 (partie 1) du texte original envisageait une protection spéciale, d'une part, des travailleuses en situation de maternité et, d'autre part, des autres travailleuses dans des cas appropriés. Et le titre de cet article figurant dans la seconde partie du texte était à cet égard significatif mentionnant en termes larges le « *droit des travailleuses à la protection* ». En 1996, en revanche, la protection est resserrée sur les seuls droits des travailleuses en situation de maternité³⁴. Dès 1988, le Protocole avait précisé que les mesures de protection des femmes, notamment, lors de la grossesse, l'accouchement ou la période post-natale ne pouvaient être qualifiées de discrimination³⁵. L'emploi du terme « *notamment* » laissait augurer de possibles extensions, ouverture refermée en 1996. L'appréhension européenne des discriminations en ressort mieux cernée : la clause générale

³⁰ Une telle interprétation a d'abord été conduite dans le cadre de conclusions rendues par le Comité de façon très précoce (Conclusions I, Observation interprétative, article 1) et confirmée dans celui des réclamations collectives, par exemple à l'égard de la France : « *Cette obligation implique notamment l'élimination de toute discrimination dans l'emploi quel que soit le statut juridique de la relation professionnelle.* » (CEDS, décision sur le bien-fondé, Syndicat national des Professions du tourisme c/ France, réclamation collective, n°6/1999, §24).

³¹ CEDS, conclusions XVIII-1 Islande, p. 435.

³² CEDS, conclusions XVI-1 Autriche, p.26.

³³ Les étrangers ressortissants des Etats parties ne doivent pas être traités de façon moins favorable que les nationaux, notamment dans l'emploi concernant la rémunération, les conditions d'emploi ou l'affiliation aux organisations syndicales (Article 19 §4 de la CSE sur les travailleurs migrants et 12 §4 et 13 §4 sur l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants des Etats parties en ce qui concerne l'assistance sociale et médicale).

³⁴ Voir titre de l'article 8 partie 2, ce que confirme la partie 1 dans laquelle n'est visée que l'hypothèse de la maternité.

³⁵ Article 1 §1.

d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe notamment (préambule de 1961, article E de 1996) comme l'article 1^{er} §2 qui vise plus spécifiquement le secteur de l'emploi empêchent de traiter différemment les hommes et les femmes et, par conséquent, de privilégier les femmes d'une façon générale. A l'inverse, quand celles-ci sont dans une situation qui les distingue objectivement³⁶ des hommes du fait par exemple de leur maternité, alors des actions et des mesures peuvent leur être dédiées, au nom d'une conception substantielle de l'égalité sur le fondement de l'article 8. Il était au demeurant indiqué dans le rapport explicatif du Protocole de 1988 que cette prescription « *tient compte de la nécessité d'accélérer l'élimination des inégalités de fait qui subsistent et qui affectent généralement les femmes. Ces actions spécifiques, admises en vertu de cette disposition, sans pour autant être obligatoires, seront transitoires et appelées à disparaître progressivement, une fois l'objectif de l'égalité atteint* ». La réglementation tendant à limiter le travail de nuit ou la réalisation de travaux dangereux fournit un exemple topique de cette évolution dans un sens plus restrictif des mesures préférentielles. Alors qu'initialement cette protection concernait le travail de nuit de toutes les femmes, elle ne s'applique, depuis 1996, qu'aux femmes enceintes, ayant accouché ou allaitant leurs enfants. Il en va de même pour l'interdiction de travaux dangereux, insalubres ou pénibles³⁷. Le champ des bénéficiaires de cette protection se restreint donc irrésistiblement et révèle ainsi la conception en vogue des discriminations. Le sexe n'est pas un motif légitime de différenciation sauf s'il est à l'origine d'une situation objectivement différente. Parallèlement, l'étendue de la protection des femmes en situation de maternité tend à se renforcer. Certes, le texte reste intact concernant les pauses d'allaitement des salariées, mais il prévoit un allongement du congé de maternité passant de douze à quatorze semaines et une extension du délai pendant lequel le licenciement est interdit à l'encontre des femmes enceintes³⁸. La protection des femmes concernées se concrétise donc à la fois par des obligations positives (organisation de pause, autorisation de congé) et par des obligations négatives (interdiction de licencier, de travailler de nuit et d'exercer certaines activités).

Alors que le handicap ne figure parmi les motifs explicites de discrimination, ni dans le texte de 1961, ni dans la version la plus récente, les « *personnes physiquement ou mentalement*

³⁶ Voir *infra* sur les justifications objectives aux différences de traitement.

³⁷ Cela se situe dans la continuité du Protocole de 1988 qui précisait que de telles mesures de protection ne correspondaient pas à des discriminations.

³⁸ Cette protection débute non plus à la date du congé maternité mais à la date de la notification à l'employeur de la grossesse.

diminuées »³⁹ devenues « *les personnes handicapées* »⁴⁰ constituent une autre catégorie faisant l'objet d'une attention singulière au plan européen. Au-delà de ce nouveau vocable, une extension des droits est consacrée : le droit à la formation et à la réadaptation professionnelles de 1961 est remplacé par le droit à l'autonomie, l'intégration et la participation à la vie de la communauté, ce qui couvre, certes, toujours le champ de la formation, mais également celui de l'emploi et de la vie sociale. Il est dès lors demandé aux Etats la mise en place d'institutions destinées à assurer l'éducation et la formation des personnes handicapées, l'adoption de mesures susceptibles d'encourager les employeurs à embaucher des personnes handicapées en milieu ordinaire de travail et, subsidiairement, la création d'emplois protégés ainsi que l'institution d'aides techniques destinées à surmonter les obstacles que les personnes peuvent rencontrer (en termes de mobilité de communication, accès logement, transport, etc.). Le rapport explicatif de la Charte de 1996 souligne que cet article 15 ne prévoit pas seulement la possibilité pour les parties d'adopter des mesures positives en faveur des personnes handicapées mais dans une large mesure les y oblige⁴¹.

A première vue, les textes du système de la Charte sociale européenne ne regorgent pas de dispositifs de lutte contre les discriminations se contentant, de façon classique, d'interdire celles-ci dans la jouissance des droits qu'ils consacrent. Conformément à leur objet toutefois, à savoir la promotion des droits sociaux dans un souci d'égalité concrète, ces textes contiennent des dispositions que l'on peut analyser comme des applications particulières du principe de non-discrimination, à la différence notamment de la Convention européenne des droits de l'homme. Les ressources textuelles sont donc plus importantes que ne le laisserait paraître une lecture superficielle. Ces potentialités ont été révélées, utilisées et valorisées par le Comité européen des droits sociaux qui a su, au fil de ses saisines, développer sa propre vision du droit de la non-discrimination.

Section 2. L'ambition anti-discriminatoire révélée par le Comité européen des droits sociaux

Dans le domaine des discriminations comme dans d'autres, l'organe chargé du respect par les Etats de leurs obligations conventionnelles fait preuve d'audace et fait jouer les relations

³⁹ Article 15 de la Charte sociale européenne

⁴⁰ Article 15 de la Charte sociale européenne révisée.

⁴¹ Vingt-huit Etats sur trente-quatre sont engagés au titre de l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée, dont la France. Parmi eux, dix ne le sont que sur certains paragraphes.

systemiques, n'hésitant pas à s'inspirer du droit de l'Union ou du droit de la Convention européenne qu'il a pu influencer en retour⁴². Le Comité européen des droits sociaux applique aussi son analyse traditionnelle, selon laquelle les droits reconnus dans les Chartes sont des droits « *non pas théoriques mais effectifs* »⁴³, aux nombreuses stipulations qui, de façon explicite ou implicite, on l'a vu, garantissent une protection contre les discriminations. En conséquence, émerge de ses conclusions rédigées à la suite des rapports remis périodiquement par les Etats et de ses décisions sur le bien fondé rendues dans le cadre des réclamations collectives, ce qui apparaît comme essentiel aux yeux du Comité pour que la lutte contre les discriminations entreprise par les Etats parties soit conforme à leurs engagements. Ce faisant, les experts européens dessinent un modèle ambitieux de lutte contre les discriminations. Ce modèle repose sur une acception large des discriminations, conçue dans la perspective d'une égalité réelle (§1), et exige que les Etats se dotent d'un certain nombre d'outils (§2). Sur ces deux aspects, la France progresse sans toutefois être en totale conformité avec les prescriptions du système de la Charte sociale.

§1. La recherche de l'égalité réelle

Ce que les Chartes et surtout les experts européens promeuvent, c'est une égalité réelle. Dès lors c'est une conception large des discriminations que ces derniers portent et inculquent aux Etats qui font parfois preuve, telle la France, de résistance. Deux types d'obligations en résultent pour les Etats, certaines de nature négative consistant à purger leur droit de toute réglementation discriminatoire et à interdire les comportements discriminatoires largement entendus (A), d'autres de nature positive impliquant des mesures actives si ce n'est positives (B).

A. Interdire l'ensemble des discriminations

Le Comité guide les Etats dans le cadre du suivi de leurs obligations en apportant un certain nombre d'éclairages conceptuels indispensables. Il dessine ainsi les contours des

⁴² C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux, Etude de droit conventionnel européen*, Thèse, Montpellier, 2009, p. 473.

⁴³ C'est une audace empruntée à la Cour dès la première décision du CEDS sur le bien-fondé (CEDS, 9 septembre 1999, Commission internationale des juristes c/ Portugal, § 32). En effet, la Cour avait affirmé en 1979 dans son arrêt *Airey c/ Irlande* qu'il n'existait pas de cloison étanche entre les droits civils et politiques et les droits sociaux et que « *la Convention a[vait] pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoires mais concrets et effectifs* » (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, n°6289/73).

discriminations, grâce à la détermination à la fois des motifs qu'il est illégitime de prendre en compte pour opérer des catégorisations et du type de différences à ne pas faire ou, au contraire, à établir.

Concernant les motifs, qui constituent un élément de définition des discriminations, l'œuvre du Comité n'est pas négligeable. Il a tout d'abord confirmé ce que le texte rendait prévisible, à savoir le caractère simplement indicatif de la liste de motifs figurant dans la clause générale de non-discrimination. L'adverbe « *notamment* » comme la présence dans cette liste de l'expression « *ou toute autre situation* » donnaient indiscutablement un caractère ouvert et évolutif à la liste de motifs. Le Comité a ainsi affirmé dans une décision de 2003 que « *le handicap est un motif de discrimination interdit* » au titre de l'article E de la Charte⁴⁴, tout en soulignant, dans des conclusions rendues la même année, « *l'importance de la règle de non-discrimination dans le contexte du handicap, règle qui fait partie intégrante de l'article 15 de la Charte révisée* »⁴⁵. On peut noter la parfaite cohérence de cette double interprétation : l'article 15 sur le droit des personnes handicapées est traversé par le principe de non-discrimination, pourtant non énoncé comme tel, tandis que le texte propre aux discriminations doit s'appliquer au motif du handicap, quoique non formulé.

Cette latitude prise par rapport au texte prend ensuite la forme d'une certaine hiérarchie qui transparait du discours des experts européens. Ainsi en est-il, à notre sens, du motif de la race. « *La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse* »⁴⁶.

Enfin, les experts contrôlent le contenu que les Etats accordent aux motifs, autrement dit l'acception qu'ils en retiennent. Au sujet du handicap toujours, le Comité a demandé à la France des informations complémentaires sur ce qui a été fait pour sortir de la définition médicale du handicap au profit d'une approche plus sociale⁴⁷. Et toujours en 2003, à

⁴⁴ CEDS, décision sur le bien-fondé Association internationale Autisme-Europe c/ France, réclamation n° 13/2002, §51.

⁴⁵ CEDS, conclusions 2003, Tome 1, §5, p. 10.

⁴⁶ CEDS, décision sur le bien-fondé COHRE c/ Italie, réclamation n° 58/2009, §37-38.

⁴⁷ CEDS, conclusions 2003, France, article 15, p. 66. Le Comité souligne dans des conclusions ultérieures (2008) qu'avec la loi du 11 février 2005 est consacrée une approche de la Classification Internationale des Fonctionnements, du Handicapé et de la Santé (CIF, 2001) prévoyant que « *constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité, ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou*

l'occasion de l'affaire *Autisme c/ France*, il lui a été reproché de violer l'article 15 §1, entre autres choses, en raison d'une définition trop restrictive de l'autisme dans les documents officiels⁴⁸.

Concernant la notion même de discrimination, force est de reconnaître que les textes sont peu prolixes. C'est en conséquence au Comité qu'est revenu le soin de définir cette notion aux multiples facettes et, partant, de préciser les contours des obligations étatiques. Il a affirmé sans surprendre que peut être qualifiée de telle toute « *différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations comparables [...] si elle ne poursuit pas un but légitime et ne repose pas sur des motifs objectifs et raisonnables* »⁴⁹. Le Comité a pu de ce fait qualifier de discriminatoire la législation grecque fixant un quota maximum de 20% de femmes dans la police. La justification avancée par l'Etat n'a pas été jugée suffisante pour démontrer que le but poursuivi par cette différence de traitement fondée sur le sexe serait la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale⁵⁰. De même, le fait de prévoir un âge distinct en deçà duquel l'enfant est considéré à la charge de ses parents pour le versement de prestations familiales selon la nationalité des bénéficiaires est une différence ne reposant sur aucune raison objective⁵¹.

Mais le Comité a très tôt élargi la notion pour y intégrer celle de discrimination indirecte. A propos du Protocole additionnel, les experts ont considéré que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe en matière d'emploi couvrait aussi bien la discrimination directe que la discrimination indirecte « *qui pourrait résulter de ce que les femmes ou les hommes sont souvent plus nombreux dans certaines catégories de travailleurs bénéficiant de conditions moins favorables, telles les travailleurs à temps partiel* »⁵². En conséquence, le travail à temps partiel concernant statistiquement bien plus de femmes que d'hommes, une différenciation opérée par une réglementation nationale entre des travailleurs à temps partiel et des travailleurs à temps complet constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe⁵³. Un autre contentieux, celui de la scolarisation des enfants handicapés, a fourni d'utiles

plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

⁴⁸ CEDS, décision sur le bien-fondé *Autisme-Europe c/ France*, réclamation n°13/2002, §54.

⁴⁹ Voir par exemple CEDS, décision sur le bien-fondé, *Syndicat national des Professions du tourisme c/ France*, réclamation collective n° 6/1999, §25.

⁵⁰ CEDS, conclusions XIV-1 Grèce, article 1 §2 du Protocole de 1988.

⁵¹ CEDS, conclusions XVI, France, article 12 §4, p. 276.

⁵² CEDS, Conclusions XIII-5, Suède, article 1^{er} du Protocole additionnel, p. 290.

⁵³ Le fait que la Suède n'accorde à l'époque l'assurance-chômage qu'aux personnes ayant travaillé au moins deux-sept heures par semaine et au moins trois heures par jour constitue une discrimination indirecte (CEDS, conclusions 2002, Suède, article 20, p. 277 ; CEDS, conclusions 2008, Suède, article 20, p. 898).

précisions sur ces notions. Le réexamen de la situation française a permis aux experts européens d'isoler des discriminations directes et indirectes. Ainsi, « *le fait que des familles n'aient pas d'autre choix que d'aller à l'étranger, notamment en Belgique, aux fins de scolarisation en milieu scolaire spécialisé de leurs enfants autistes, résulte de l'omission de la France de prendre en compte les besoins spécifiques d'apprentissage et de communication en milieu scolaire de ces personnes sur le territoire national et constitue, pour cette raison, une discrimination directe à l'encontre des personnes concernées* »⁵⁴. Mais dans cette affaire une discrimination de nature indirecte a aussi été établie en s'inspirant de l'approche communautaire de la notion⁵⁵ : « *dans le domaine particulier du handicap, le Comité considère qu'une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes handicapées par rapport à d'autres personnes, à moins que cela puisse être justifié* ». Partant, les restrictions budgétaires réalisées en France en matière de politique sociale – dont dépendent plus que le reste de la population les personnes handicapées – affectent davantage ces dernières, de sorte qu'il s'agit d'une discrimination indirectement fondée sur le handicap⁵⁶.

Les juges européens font œuvre de pédagogie pour livrer aux Etats les clarifications conceptuelles nécessaires à la mise en œuvre d'une politique publique fondée sur un arsenal juridique performant promouvant l'égalité. A côté de l'obligation pesant sur les Etats de s'abstenir de toute mesure discriminatoire, qu'elle soit directe ou indirecte, il leur incombe des obligations d'agir.

B. Prendre en compte les différences

« *[...] le principe d'égalité [qui] sous tend l'article E [...] implique d'assurer un même traitement aux personnes se trouvant dans la même situation, mais aussi de traiter de manière différente des personnes en situation différente* »⁵⁷. Aussi l'absence de mesures propres à assurer que les droits et avantages collectifs ouverts à tous sont effectivement accessibles à

⁵⁴ CEDS, décision sur le bien-fondé, Action Européenne des Handicapés (AEH) c/ France, Réclamation n°81/2012, §136.

⁵⁵ Et le Comité de citer la Cour de justice de l'Union européenne (2ème chambre) du 11 avril 2013, aff. jointes C-335/11 & C-337/11, Jette Ring & Lone Skouboe Werge, non encore publiées au *Rec.*, §76 et 77.

⁵⁶ CEDS, décision sur le bien-fondé, Action Européenne des Handicapés (AEH) c/ France, Réclamation n°81/2012, §143 et s.

⁵⁷ CEDS, Décision sur le bien-fondé, Association internationale Autisme-Europe (AEH) c/ France, Réclamation n°13/2002, §52.

tous est-elle reconnue comme une discrimination indirecte⁵⁸. Le Comité se conforme sur ce point à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle il se réfère d'ailleurs expressément⁵⁹ et privilégie donc une conception de l'égalité réelle, que ne retient pas pour l'heure la France. Cet Etat ne fait en effet d'un tel traitement différent de situations distinctes qu'une simple faculté offerte aux pouvoirs publics (administration, législateur) et en aucun cas une obligation⁶⁰. La contrariété entre les deux ordres juridiques est de ce point de vue évidente. Le contentieux sur le sort réservé aux Roms vivant en France permet d'ailleurs de l'illustrer.

Reconnaissant les conditions de vie déplorables des Roms et les difficultés extrêmes qu'ils rencontrent dans l'accès au logement, la scolarisation des enfants ou la santé, le Gouvernement français a tenté de se défendre de toute discrimination à leur encontre en indiquant que la France ne distingue pas les populations, en particulier sur une base ethnique, dans la conduite de ses politiques publiques. Mais ce que le Gouvernement avançait au soutien de sa défense s'est retourné contre lui puisque cet argument est à l'origine de la critique acerbe formulée par le Comité. Ce dernier souligne en effet que, quelles que soient les traditions des Etats parties, il est nécessaire, afin de garantir l'égalité de traitement, de tenir compte des différences entre les individus et donc de porter une attention spéciale aux besoins et mode de vie propres des Roms, qui constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable. Ce qui est reproché à la France c'est donc justement d'invisibiliser, de taire et *in fine* de ne pas tenir compte des spécificités de cette population. Sans aller jusqu'à imposer la reconnaissance de minorités, le Comité laisse entendre qu'une telle évolution du droit participerait d'une meilleure prise en compte d'une situation spécifique⁶¹. Au-delà de la question de la reconnaissance juridique des minorités, *via* notamment l'admission de ce motif discriminatoire, c'est bien une divergence d'approche de l'égalité et donc des discriminations

⁵⁸ Par cette formulation (Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c/ Italie, réclamation n° 58/2009, §35), le Comité clarifie ce qu'il avait commencé à énoncer en ces termes : les discriminations indirectes peuvent être révélées soit par des « *traitements inappropriés de certaines situations* » – ce qui restait assez vague – soit par « *l'inégal accès des personnes placées dans ces situations et des autres citoyens aux divers avantages collectifs* » (CEDS, décision sur le bien-fondé, Association internationale Autisme-Europe c/ France, Réclamation n° 13/2002, par. 52 et décision sur le bien-fondé, Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c/ Italie, Réclamation collective n° 27/2004, §36).

⁵⁹ CEDH, Thlimmenos c/ Grèce, n° 34269/97 *in* Autisme c. France, préit., §52.

⁶⁰ CE, 28 mars 1997, Société Baxter : « *Considérant que les principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents* ». Cons ; constit., n°2008-573 DC, Loi relative à la Commission prévue par l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés : « *si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* ».

⁶¹ CEDS, décision sur le bien-fondé, Médecins du Monde - International c/ France, réclamation collective n°67/2011, §40.

entre les deux ordres juridiques qui transparait. L'égalité formelle fondée sur l'individu abstrait à laquelle est attachée la République française s'avère insuffisante aux yeux du Comité qui s'intéresse, conformément à l'objet de la Charte sociale européenne, à un individu situé, avec des besoins propres. L'objet des Chartes est en effet de protéger des personnes vulnérables et plus encore des groupes vulnérables, qu'il s'agisse des travailleurs, des étrangers, des femmes, des handicapés, des personnes âgées ou des enfants. Le Comité l'explique par exemple dans son observation interprétative sur l'article 15 dans laquelle il affirme qu'« *en érigeant un droit distinct à la formation et à la réadaptation professionnelle et sociale des personnes physiquement et mentalement diminuées [ce texte] entend donner une protection renforcée dans un domaine – l'emploi – où elles sont plus vulnérables que le reste de la main d'œuvre* »⁶².

S'attacher aux spécificités de groupes vulnérables par une différenciation dans la règle ou dans la politique publique qui leur est applicable peut, dans certaines hypothèses, conduire l'Etat à adopter des mesures dites positives. Les textes sociaux européens l'envisagent explicitement pour plusieurs titulaires de droits dont les personnes handicapées et les personnes ayant des responsabilités familiales⁶³. Les exigences du Comité sur ce point se concentrent quant à elles sur les femmes et les personnes handicapées et concernent une fois encore principalement le champ de l'emploi. Pour les premières, la jurisprudence du Comité s'inscrit dans la logique des textes qui précisent que « *le présent article [article 20] ne fait pas obstacle à l'adoption de mesures spécifiques visant à remédier à des inégalités de fait* »⁶⁴. *A minima* le Comité juge donc qu'un Etat partie aux Chartes ne doit pas conserver une législation qui interdirait l'adoption de mesures positives à l'égard de l'un des deux sexes qui serait de fait défavorisé dans l'emploi⁶⁵. Mais il peut arriver de surcroît que, compte tenu de cette inégalité factuelle, un Etat n'ayant pris aucune mesure pour favoriser l'accès des femmes à l'emploi se voie reprocher de méconnaître ses obligations⁶⁶. Le Comité n'hésite pas à imposer en effet aux Etats « *qu'une action positive et concrète soit entreprise en vue de créer, dans les faits, une situation susceptible d'assurer une égalité de traitement complète* »⁶⁷.

⁶² CEI, conclusions XIV-1, Observation interprétative, article 15, p. 68.

⁶³ Voir la référence aux « *aménagement* » et aux « *mesures appropriées* » dans l'emploi (respectivement articles 15 et 27).

⁶⁴ Annexe de la Charte sociale révisée sur l'article 20.

⁶⁵ CEI, conclusions XIII5, Observation interprétative, article 1^{er} du Protocole additionnel à la Charte de 1988, p. 272.

⁶⁶ CEDS, conclusions XVII-2, Pays-Bas, article 1, Protocole additionnel à la Charte de 1988, p. 645. Voir aussi sur CEDS, conclusions XVIII-1, Allemagne, article 1 §2 de de la CSE(R), p. 306.

⁶⁷ CEI, conclusions I, Italie, article 1 §2, p.15.

L'intérêt des experts pour les mesures positives à l'égard cette fois des personnes handicapées est apparu dès leur observation interprétative de l'article 15 de la Charte de 1961. L'adoption de « *mesures positives de nature à augmenter les chances des personnes handicapées d'accéder à l'emploi et de conserver un emploi* »⁶⁸ y était prescrite. L'observation relative à l'article 15 §2 du texte de 1996 a confirmé cette approche en sommant l'Etat d'« *imposer un aménagement raisonnable des conditions de travail* » pour permettre l'accès et le maintien dans l'emploi des personnes handicapées⁶⁹.

La France, sur l'ensemble de ces points, dispose d'une législation conforme aux exigences européennes. Les mesures positives à l'égard des femmes ont été rendues possibles par deux révisions constitutionnelles, du moins dans le champ de la représentation politique et professionnelle⁷⁰. Et elle a très tôt intégré dans sa législation à la fois l'obligation d'emploi qui prend la forme de quotas depuis la loi de 1987 enjoignant aux entreprises de plus de vingt salariés d'embaucher 6% de personnes handicapées⁷¹ et les mesures appropriées imposées par la loi de 2005 pour favoriser l'emploi en milieu ordinaire des personnes handicapées⁷².

Dans la perspective d'une égalité réelle, les Etats intégrés dans le système de la Charte sociale européenne sont tenus d'éliminer les discriminations de toutes natures, voire de prendre des mesures positives à défaut desquelles des discriminations indirectes se produiraient. A cette fin les experts guident les parties au fur et à mesure du développement de leurs contrôles et apportent d'utiles précisions sur les outils à leur disposition dont elles doivent se saisir pour lutter efficacement contre les discriminations.

§2. Les instruments juridiques de lutte contre les discriminations

Les Etats doivent à la fois éviter de commettre des discriminations mais également instaurer des mécanismes efficaces de protection des individus contre les discriminations. Le Comité exige la mise en place d'un arsenal juridique dont il s'efforce de dessiner les exacts contours (A) et propose en outre quelques pistes plus éparées, au gré de ses contrôles (B).

⁶⁸ CEI, conclusions XIV-2, Observation interprétative, article 15, p. 68.

⁶⁹ CEDS, conclusions 2007, Observation interprétative, article 15 §2, p. 12.

⁷⁰ Loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999, relative à l'égalité entre les hommes et les femmes, loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

⁷¹ Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

⁷² Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

A. Les éléments indispensables du dispositif juridique national (La mise en place d'un dispositif juridique national)

Soucieux de l'effectivité de la lutte étatique contre les discriminations⁷³, le Comité exige l'adoption d'une législation ayant cet objet, législation assortie de recours efficaces.

Il revient donc en premier lieu aux Etats de se doter d'une législation anti-discriminatoire : « *la législation doit interdire toute discrimination dans l'emploi au moins en fonction du sexe, de la race, de l'origine ethnique, de la religion, du handicap, de l'âge, de l'orientation sexuelle et des opinions politiques* »⁷⁴. Le Comité a même déduit du droit des personnes âgées à une protection sociale reconnu à l'article 23 de la Charte sociale révisée, qui n'évoque pourtant ni l'égalité, ni les discriminations, l'obligation de mettre en place une législation prohibant les discriminations fondées sur l'âge⁷⁵. Plus prévisible était le rappel adressé aux Etats concernant la législation anti-discriminatoire en matière de handicap, qu'il s'agisse de la scolarisation des enfants handicapés (article 15 §1)⁷⁶ ou de l'insertion professionnelle des adultes handicapés afin d'« *assurer une réelle égalité des chances sur le marché ordinaire du travail* » (article 15§2)⁷⁷. Et le Comité de se montrer plus précis sur le contenu nécessaire d'une telle législation qui doit poser le principe de la scolarisation en milieu ordinaire, prévoir les motifs impérieux justifiant le maintien d'un enseignement spécial ou séparé et organiser les voies de recours effectives pour ceux qui n'auraient pas obtenu une scolarisation en milieu ordinaire⁷⁸. S'agissant de l'emploi des personnes handicapées, le Comité veille à ce que les Etats aient introduit dans leur législation l'obligation d'aménagements raisonnables précédemment évoqués afin de permettre l'accès à l'emploi comme la conservation de celui-ci⁷⁹. Et il va jusqu'à vérifier l'effectivité d'une mesure législative même lorsqu'elle n'est pas rendue obligatoire par les textes européens. Le Comité a ainsi souligné que l'introduction dans la loi de quotas n'était pas imposée par l'article 15 §2, mais était possible et entraînerait alors, si l'Etat s'engageait dans une telle voie, un contrôle de sa part concernant leur efficacité⁸⁰.

⁷³ « *l'application effective des règles de protection contre la discrimination* » (CEDS, décision sur le bien-fondé, SUD Travail Affaires Sociales, réclamation collective n° 24/2004, §34).

⁷⁴ CEDS, conclusions 2006, Albanie, article 1 §2.

⁷⁵ CEDS, conclusions 2003, France, article 23, p. 197.

⁷⁶ CEDS, conclusions 2007, Observation interprétative, 15 §1, p. 12.

⁷⁷ CEDS, conclusions 2003, Slovaquie, p. 538. Conclusions 2003, France, p. 61.

⁷⁸ CEDS, conclusions 2007. Observation interprétative, 15 §1, p. 12.

⁷⁹ CEDS, conclusions 2007, Observation interprétative, article 15§2, p. 12, §10.

⁸⁰ CEDS, conclusions XIV-2 Belgique, p. 168. Voir *infra* sur la France, conclusions de 2003 not.

Les experts européens exigent en second lieu que des recours permettent de garantir l'application de la législation anti-discriminatoire. Ils veillent donc, d'abord, à l'existence de recours ouverts aux victimes de discriminations⁸¹ aux fins de faire reconnaître un acte ou comportement discriminatoire et d'en obtenir la sanction. Pour garantir l'accessibilité de ces recours, le Comité préconise la possibilité pour les organisations syndicales de travailleurs d'ester en justice, l'introduction d'actions collectives ou encore la création d'institutions spécialisées dans la lutte contre les discriminations pouvant accompagner les victimes. Les experts s'assurent ensuite que la victime est en mesure d'établir l'existence de la discrimination vécue en demandant aux Etats d'adapter leurs règles de procédure, particulièrement en matière probatoire. Après avoir affirmé que la charge de la preuve ne doit « *pas reposer entièrement sur le plaignant* »⁸², le Comité n'a eu de cesse de rappeler la nécessité d'un tel aménagement de la charge de la preuve, faisant de celui-ci un élément d'effectivité des règles nationales de protection contre les discriminations. Aussi veille-t-il à ce que l'aménagement probatoire soit accordé à l'ensemble des travailleurs s'estimant victimes de discrimination, quel que soit leur statut⁸³. La France a été mise en cause pour ne pas avoir opéré ledit aménagement au profit de certains fonctionnaires et agents publics non titulaires et employés de l'Agence nationale pour l'emploi⁸⁴. Soulignons que si un tel aménagement est exigé devant les juridictions internes, il vaut aussi devant le Comité. Dans l'affaire *MDAC c/ Bulgarie* de 2008, celui-ci a spécifié « *qu'en ce qui concerne les réclamations alléguant d'une discrimination, il importe que la charge de la preuve ne repose pas intégralement sur l'organisation auteur de la réclamation, mais qu'elle fasse l'objet d'un aménagement approprié* »⁸⁵.

Les experts contrôlent enfin que les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'issue d'un recours soient adaptées. Une illustration de l'attention portée par les experts européens à cette question est donnée avec l'article 8 §2 relatif à l'interdiction de licencier une salariée pendant sa grossesse. Le Comité a exigé des Etats qu'en cas de non respect de cette règle et donc de nullité du licenciement, la femme puisse être réintégrée dans son poste et obtenir le versement des salaires non perçus, sauf si elle ne le souhaitait pas, auquel cas, elle devait être

⁸¹ Voir *supra* à propos du recours pour la non scolarisation en établissements ordinaires des enfants handicapés.

⁸² CEDS, conclusions XIX-1 Turquie, article 1 §2, p.496.

⁸³ CEDS, conclusions 2004 Roumanie, p. 530, à propos de l'art 20 de la CSE(R)).

⁸⁴ CEDS, décision sur le bien-fondé, SUD Travail Affaires sociales c/ France, réclamation n°24/2004, §34.

⁸⁵ Décision sur le bien-fondé Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie, réclamation n°41/2007, §52.

indemnisée⁸⁶. A défaut, le Comité estime que la réparation n'est pas appropriée⁸⁷. Pour la même raison, les législations arménienne et turque sont apparues au Comité insuffisantes en termes de sanction d'un licenciement discriminatoire fondé sur les responsabilités familiales pesant sur le salarié⁸⁸. Il ressort en substance de la jurisprudence sociale européenne que la sanction des discriminations prononcée par les juridictions internes doit offrir une réparation effective à la victime, c'est-à-dire proportionnée et dissuasive⁸⁹. On retrouve ici les deux fonctions de la sanction, à savoir, d'une part, la réparation du dommage subi par la victime et, d'autre part, la sanction de l'auteur, afin d'inciter ce dernier à transformer son comportement défaillant et illicite en comportement vertueux. Le Comité a par conséquent jugé que l'imposition d'un plafond prédéfini d'indemnisation contrevenait aux exigences de la Charte, la fixation d'un maximum étant susceptible d'avoir pour effet que les indemnités octroyées ne soient pas en rapport avec le préjudice réellement subi et soient dès lors insuffisamment dissuasives.

Si le Comité prend soin de dessiner avec précision les éléments constitutifs indispensables du dispositif juridique national de lutte contre les discriminations, il livre aussi quelques recommandations plus spécifiques, non dénuées d'intérêt pratique pour les Etats.

B. Les compléments attendus

Le champ du handicap a permis aux experts européens de préciser la teneur des obligations de l'Etat lorsque celles-ci impliquent des dépenses conséquentes. Ainsi, en 2003, ils affirment que, lorsque la mise en œuvre de l'un des droits protégés par la Charte est exceptionnellement complexe et onéreuse, les mesures prises par l'Etat pour atteindre les objectifs de la Charte doivent remplir trois critères : être engagées au terme d'une échéance raisonnable, permettre des progrès mesurables et recevoir un financement utilisant au mieux les ressources qu'il est possible de mobiliser⁹⁰. Autrement dit, le coût, on le voit, n'exonère pas l'Etat, la France en l'occurrence, de son obligation de lutter contre les discriminations. Il arrive même au Comité de se faire plus intrusif et de décréter non optimale l'allocation des ressources. Toujours dans

⁸⁶ Le Comité a donc salué l'évolution jurisprudentielle qu'a connue la France à ce sujet (Soc, 9 octobre 2001, Mme Hille c. Société SVP Service), CEDS, conclusions 2003, France (sur l'article 8 §2).

⁸⁷ CEDS, conclusions 2015 sur les rapports étatiques à propos de la Bosnie-Herzégovine, la République tchèque ou la Roumanie.

⁸⁸ CEDS, conclusions 2015.

⁸⁹ CEDS, conclusions 2006, Norvège, art. 1^{er}, p. 632.

⁹⁰ §53.

le cadre de ce contentieux, il a laissé clairement entendre que l'argent que l'Etat français utilise pour participer aux frais de scolarisation des enfants souffrant de handicap mental en Belgique serait mieux employé s'il finançait la création de nouvelles structures adaptées à ces enfants dans l'Hexagone⁹¹.

De façon très pragmatique les experts exigent par ailleurs de façon répétée que les Etats fournissent des données chiffrées. Il est vrai que pour établir une discrimination, en particulier indirecte, la comparaison des effets inégaux sur différentes catégories est indispensable. Dès lors le recours aux statistiques apparaît comme un instrument de preuve privilégié. Le Comité a ainsi retenu l'usage de statistiques pour révéler l'existence⁹² comme l'absence⁹³ d'une discrimination indirecte. Quoi de mieux que les chiffres pour démontrer de manière objective que des personnes appartenant à une catégorie sont davantage défavorisées que les autres par une mesure en apparence neutre. Dans le cadre des réclamations collectives, elles ont aussi dévoilé leur intérêt en faisant présumer l'existence d'une discrimination à l'encontre d'un groupe déterminé⁹⁴. Il se montre toutefois précautionneux concernant la collecte de données personnelles à l'origine de l'établissement de statistiques en demandant aux Etats de s'assurer du respect de la vie privée des personnes dont les données sont recueillies⁹⁵.

La comparaison étant la condition sans laquelle une discrimination ne peut pas être déterminée, les termes de la comparaison sont étroitement contrôlés par le Comité européen. C'est la raison pour laquelle, il a jugé que la France ne se dotait pas des outils nécessaires pour débusquer les discriminations salariales entre les sexes en restreignant les comparaisons de rémunération aux seuls salariés d'une même entreprise ou d'un même établissement⁹⁶. De ce fait, le principe d'une rémunération égale pour un travail de valeur égale ne pouvait être invoqué par des personnes couvertes par une même convention collective mais travaillant pour des entreprises différentes⁹⁷. Plus largement, au-delà de l'évaluation des effets d'une mesure *a priori* neutre, le Comité a besoin de chiffres afin d'assurer un réel suivi de la situation des Etats. Il regrette donc fréquemment le manque ou l'imperfection de statistiques

⁹¹ CEDS, décision sur le bien-fondé, Action européenne des handicapés c/ France.

⁹² CEI, conclusions XIII-2, Royaume-Uni, art. 13§4, p. 152.

⁹³ CEI, conclusions XIII-4, Chypre, p. 473.

⁹⁴ CEDS, décision sur le bien-fondé, MDAC c/ Bulgarie, précit., §52.

⁹⁵ CEDS, conclusions XVI-2, Grèce, art. 15§2, p. 208.

⁹⁶ CEDS, conclusions 2012, France non-conformité à l'article 20.

⁹⁷ Comme le souligne le Défenseur des droits dans son rapport d'activité pour 2015, en France, les écarts de salaires restent conséquents : « l'écart de salaire moyen entre les femmes et les hommes s'établit à 12% dans la fonction publique contre 19% dans le secteur privé », *Rapport annuel d'activité 2015*, URL : [\[http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapport-annuel-dactivite-2015\]](http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapport-annuel-dactivite-2015)

fournies par les Etats nécessaires à une évaluation rationnelle des progrès réalisés au fil du temps⁹⁸.

A l'issue de cette analyse du système de la Charte sociale européenne, deux enseignements nous semblent devoir être tirés. En tout premier lieu la vision hiérarchisée des discriminations qui y est développée est frappante, en contraste avec ce que la clause transversale de non-discrimination, telle qu'interprétée par le Comité, laissait augurer. En effet, l'acceptation très large des motifs jugés illégitimes dans la jouissance des droits sociaux ne peut masquer que le champ de l'emploi est privilégié – ce qui résulte, il est vrai, sans doute plus de la conception européenne des droits sociaux dont les droits du travailleur constituent une composante essentielle que d'une approche spécifique des discriminations – et que certains motifs concentrent l'attention des rédacteurs comme celle des interprètes des textes. C'est, nous l'avons vu, sur les femmes et les personnes handicapées que convergent les prescriptions les plus exigeantes de protection contre les discriminations, notamment d'actions positives⁹⁹. En second lieu, il nous semble que le modèle de lutte contre les discriminations développé dans ce cadre participe de la réconciliation entre l'approche française de l'égalité et la lutte contre les discriminations souvent perçues comme difficilement conciliables, voire antinomiques¹⁰⁰. Par son analyse des droits en termes de vulnérabilité des personnes et son raisonnement *in concreto*, le Comité européen des droits sociaux inscrit la protection des droits sociaux et la lutte des discriminations dans une réalité sociale, historique, économique, culturelle, qui n'est pas étrangère à la conception française. Au-delà de la seule égalité de droit que l'on dit héritée de la Révolution et qui serait inscrite dans ses gènes républicains, c'est assurément l'égalité réelle que recherche la France en retenant le modèle de l'Etat-providence¹⁰¹. Le langage est

⁹⁸ CEDS, décision sur le bien-fondé, Autisme c/ France, précit., §54.

⁹⁹ Ce traitement privilégié au sein de la lutte contre les discriminations du système de la Charte sociale européenne ne peut manquer d'étonner si on retient la vision selon laquelle «*il semble évident que les diverses situations ne peuvent être traitées d'une manière analogue. En effet l'âge et le handicap n'affectent pas une population déterminée (comme la race ou l'orientation sexuelle) mais n'importe quel individu à un moment ou à un autre de sa vie.* » (D. Borillo, « La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Paris, La Découverte, Recherches, 2003, p. 150). A suivre l'auteur, le sexe et le handicap ne relèvent pas par nature de la même logique de protection. Il ressort pourtant de notre examen que les catégories des femmes et des personnes handicapées sont dans ce cadre européen particulièrement protégés.

¹⁰⁰ Voir V. Champeil-Desplats, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », in T. Dumortier, T. Gründler et J.-M. Thouvenin (dir.), « Les freins à la lutte contre les discriminations », *Revue des droits de l'homme*, 2016, 9, URL : [<https://revdh.revues.org/2049>].

¹⁰¹ « Dans la mesure où elle vise à assurer une égalité sociale réelle, en assurant à tous les mêmes droits, la lutte contre les discriminations est conforme à la logique de l'Etat-providence : elle aussi cherche à faire entrer

certes différent, le raisonnement parfois exotique, les outils quelquefois impensés, mais, au-delà du sentiment d'étrangeté, les finalités de l'Europe sociale et de la France se rejoignent autour de l'égalité sociale réelle, à laquelle participe indéniablement la lutte contre les discriminations.

l'égalité dans les faits en allant au-delà d'une simple proclamation ; elle aussi fait de l'Etat l'agent actif de réalisation de cette exigence. » (J. Chevallier, « Lutte contre les discriminations et Etat-providence », in D. Borillo (dir.), *Lutter contre les discriminations*, op. cit., p. 45).