

Lettre d'information du site dialogue-social.fr

Editorial

C'est quoi la diversité en entreprise ?

Dans cette lettre, nous allons essayer de vous apporter un éclairage sur cette notion qui n'a pas de définition juridique et reste un concept très flou que ce soit en droit européen ou en droit français.

Nous vous invitons notamment à lire le compte-rendu d'une chercheuse de l'Université de Strasbourg, présenté lors d'un webinaire organisé par l'Institut du travail de Strasbourg sur le thème « Le concept de diversité : enjeux pour la lutte contre les discriminations au travail ».

Bonne lecture !

Michèle Forté
Tiphaine Garat



Rédaction

Tiphaine Garat, Evdokia Liakopoulou
Direction de publication
Michèle Forté et Nicolas Moizard

Cette lettre est réalisée dans le cadre de la convention d'appui au dialogue social territorial signée avec la DIRECCTE Grand Est

Dans ce numéro

P. 2 Les brèves

P.4 La persistance des discriminations dans l'emploi - Présentation des résultats 2020 du baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi

P.8 Compte-rendu du Rendez-vous du dialogue social. Le concept de diversité : enjeux pour la lutte contre les discriminations au travail

P. 22 Sélection bibliographique

P. 24 Invitations aux nouveaux Rendez-vous du dialogue social

Contact

03.68.85.87.00 /
institut.travail@unistra.fr

Pour retrouver toutes les lettres d'information et l'actualité sociale :
www.dialogue-social.fr

LES BREVES

Droit européen en matière d'égalité et de non-discrimination

Evaluation de l'application des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité en matière d'emploi : des problèmes importants subsistent

Un rapport commun sur l'application de la directive sur l'égalité raciale¹ et de la directive sur l'égalité en matière d'emploi² a été présenté par la Commission européenne le 19 mars 2021.

Ce rapport évalue la situation actuelle et les évolutions depuis le dernier rapport de 2014, recense les principaux problèmes et défis en la matière, s'intéresse à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'interprétation des deux directives, analyse la mise en œuvre de la recommandation de 2018 relative aux normes applicables aux organismes pour l'égalité de traitement et met en lumière les failles potentielles dans la protection offerte par la directive sur l'égalité raciale. Pour ce faire, la Commission s'appuie sur un ensemble des informations issues des Etats membres et des consultations menées avec des acteurs de l'égalité, les partenaires sociaux et la société civile, ainsi que sur les travaux et études menés au sein des institutions européennes.

Selon le rapport, « *le sentiment général semble être que peu de progrès ont été accomplis dans la lutte contre la discrimination depuis 2014* ». La discrimination continue à être fréquemment ressentie par la population générale en Europe. De même, un nombre important de questions continuent de poser problème pour les États membres et des parties prenantes consultées, notamment concernant : la portée de la notion de « discrimination » et l'application des droits (par exemple, en ce qui concerne le signalement des plaintes, la charge de la preuve, l'application de sanctions adéquates, etc.).

Cela étant, une mise en œuvre effective des directives suggère, selon la Commission, une sensibilisation ainsi qu'un dialogue fructueux avec les partenaires sociaux et la société civile. Pour elle, le travail des organismes nationaux spécialisés et la disponibilité de données relatives à l'égalité « *sont des questions transversales cruciales pour pouvoir venir en aide aux victimes de discrimination ainsi que pour soutenir, suivre et promouvoir la législation en matière d'égalité et de non-discrimination* ».

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0139&from=FR>

¹ Directive 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 (JO L 180 du 19.7.2000, p. 22). Ladite directive prescrit l'égalité de traitement entre les personnes dans les domaines de l'emploi et de la formation professionnelle, de l'éducation, de la protection sociale, y compris la sécurité sociale, des avantages sociaux, de l'accès aux biens et services et de la fourniture de biens et services (y compris en matière de logement), indépendamment de leur race et de leur origine ethnique.

² Directive 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 (JO L 303 du 2.12.2000, p. 16). Ladite directive prescrit l'égalité de traitement entre les personnes dans les domaines de l'emploi et de la formation professionnelle, indépendamment de leur religion ou de leurs convictions, de leur handicap, de leur âge et de leur orientation sexuelle.

Discriminations liées à l'origine : la crise sanitaire ne fait qu'amplifier une réalité bien ancrée dans la société française

Selon le rapport du Défenseur des droits, publié le 22 juin 2020, la crise sanitaire actuelle et les mesures de confinement ne font qu'exacerber les discriminations fondées sur l'origine, notamment à l'encontre de groupes perçus comme vecteurs du coronavirus. Une réalité déjà fortement ancrée dans la société française : l'origine réelle ou supposée constitue le deuxième critère de discrimination après le sexe (11% des individus déclarant avoir vécu une ou des discrimination(s) en raison de l'origine ou de la couleur de peau au cours des cinq dernières années). Le rapport met en évidence le caractère répété et systémique de ces discriminations qui compromettent tant les parcours individuels des victimes que la cohésion sociale. Sur le front de l'emploi, ces discriminations se traduisent par des efforts décuplés pour accéder à un poste, des phénomènes d'autocensure ou de restriction des choix professionnels ainsi que des formes de déclassements sociaux.

Le Défenseur des droits déplore l'absence d'une politique nationale de lutte contre les discriminations fondées sur l'origine, ciblée sur leur dimension systémique. Il souligne, en outre, les limites du recours au contentieux, constituant « *une démarche lourde et douloureuse pour les victimes qui ne peuvent porter seules le poids de la lutte contre les discriminations* ».

Face à ces constats, le rapport attire l'attention sur la nécessité d'approfondir les connaissances sur le sujet, de mobiliser l'engagement des organisations professionnelles au travers de véritables diagnostics et plans d'action, de renouveler le soutien public au secteur associatif agissant sur le terrain des discriminations ainsi que d'assurer l'effectivité du droit au recours et le caractère contraignant de la condamnation judiciaire.

<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2020/06/discriminations-et-origines-lurgence-dagir>

Quelques exemples d'accords collectifs d'entreprise portant sur la diversité

Vous trouverez sur le site dialogue-social.fr l'analyse d'accords sur le thème de la diversité :

- BNP Paribas Cardif : accord d'entreprise sur la diversité et l'inclusion (mars 2020) : <http://www.dialogue-social.fr/fr/divacc/id-3167/accords.html>
- Caisses d'allocations familiales des Alpes Maritimes : protocole d'accord relatif à la promotion de la diversité et de l'égalité des chances (juillet 2020) : <http://www.dialogue-social.fr/fr/divacc/id-3166/accords.html>
- Société Bostik SA : accord d'entreprise relatif à l'égalité professionnelle et à la diversité (avril 2019) : <http://www.dialogue-social.fr/fr/divacc/id-3165/accords.html>
- UES Batigère : accord relatif au développement de l'égalité professionnelle et de la diversité (juin 2015) : <http://www.dialogue-social.fr/fr/divacc/id-3164/accords.html>

La persistance des discriminations dans l'emploi

-

Présentation des résultats 2020 du baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi

Enquête réalisée par le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail

23% des personnes actives en France déclarent avoir été victimes de discrimination(s) ou de harcèlement discriminatoire dans l'emploi et 42% en avoir été témoins. Voici deux chiffres-clés de la 13^{ème} édition du baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi, réalisé chaque année par le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail (OIT).

Cette enquête offre une vue d'ensemble des inégalités de traitement dans l'emploi et s'efforce d'éclairer un aspect spécifique des discriminations au travail (apparence, harcèlement discriminatoire, discrimination syndicale, demandeurs d'emploi...). L'édition de décembre 2020 est issue des entretiens téléphoniques réalisés entre le 6 février et le 14 mai 2020 auprès d'un échantillon représentatif de la population des actifs du secteur privé (590 salariés) et d'un échantillon représentatif des agents de la fonction publique (500 agents).

L'étude s'intéresse à quatre types de comportements hostiles dans l'emploi :

Préjugés et stéréotypes : jugements de valeur ou d'idées préconçues assignant une identité sociale dévalorisée à un groupe d'individus et pouvant se traduire, dans le cadre professionnel, par un sentiment de malaise vis-à-vis de collègues ou de supérieurs hiérarchiques ;

Propos ou comportements stigmatisants : propos ou comportements sexistes, homophobes, racistes, liés à la religion, au handicap ou liés à l'état de santé, rapportés par les personnes qui en ont directement été l'objet ;

Dévalorisation du travail : situations de dépréciation ou de déni de reconnaissance du travail ou des compétences, renvoyant soit à une dévalorisation injuste du travail et la manière dont il est mené, une sous-estimation des compétences, ou l'attribution de tâches ingrates ou dévalorisantes ;

Expérience de discrimination et harcèlement discriminatoire : l'expérience de discrimination consiste à un traitement défavorable subi au travail en lien avec au moins l'un des critères suivants : sexe, grossesse ou maternité, âge, origine ou couleur de peau, religion, état de santé ou situation de handicap. Le harcèlement discriminatoire se définit par la loi en tant que tout agissement lié à [un motif prohibé], subi 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.

- **Une perception des discriminations massive en France**

Selon le baromètre, la perception des discriminations en France se révèle massive, avec plus d'un quart des actifs estimant « *que les individus sont souvent ou très souvent discriminés au cours de leur vie, quel que soit le critère envisagé* ». De même, 42% des personnes enquêtées ont déclaré avoir été témoins de discrimination(s) ou de harcèlement discriminatoire dans le cadre de leurs activités professionnelles.

Parmi les critères perçus comme les plus discriminants, l'origine ou la couleur de peau figure en première place (à 46%), suivis de l'état de santé ou le handicap (à 40%), l'apparence physique et l'âge (à 38 %).

Parmi les groupes sociaux qui perçoivent de façon plus aigüe les discriminations figurent ceux qui sont les plus souvent exposés : les actifs perçus comme non blancs (62 % soulignent davantage l'ampleur des discriminations liées à l'origine contre 44% pour les personnes perçues comme blanches) ; les femmes (35% perçoivent davantage les discriminations liées à une grossesse ou à un congé maternité contre 23% des hommes) ; les personnes homosexuelles et bisexuelles (39% considèrent davantage que les discriminations liées à l'orientation sexuelle se produisent souvent ou très souvent contre 28% des personnes hétérosexuelles); etc.

In fine, l'étude témoigne aussi que la recherche de logement et la recherche d'emploi restent les contextes perçus comme les plus discriminants.

- **Des attitudes hostiles qui s'inscrivent dans la continuité**

L'intérêt que l'étude porte sur les quatre types de comportements dans l'emploi (voir encadré), « *permet de penser les discriminations dans leur dimension systémique et de les relier aux représentations collectives (préjugés et stéréotypes), aux rapports sociaux spécifiques dans le cadre de l'emploi et aux inégalités plus larges qui structurent la société* ». Il en ressort que lesdits comportements ne surviennent pas isolément mais, au contraire, se cumulent : 24% des personnes actives en France déclarent avoir subi cumulativement des discriminations, des propos et comportements sexistes, racistes, homophobes, liés à la religion, etc.

Préjugés et stéréotypes : trois catégories de personnes visées

En 2020, 17% des répondants déclarent être mal à l'aise avec des collègues transgenres, 13% avec des gens du voyage et 12% face aux personnes atteintes d'une maladie grave ou chronique, et ce quel que soit le secteur d'activité ou la position hiérarchique. L'équipe de recherche met en lumière l'ancrage profond de ces préjugés dans la société, « *puisque en 2012, ils apparaissaient déjà comme les plus cités* ».

La dévalorisation au travail : un phénomène massif

La baromètre 2020 témoigne que près de 80% des personnes enquêtées affirment avoir déjà été confrontées à une dévalorisation professionnelle. En même temps, environ 13% déclarent avoir subi l'ensemble des huit situations hostiles suivantes : dévalorisation injuste du travail ; sous-estimation des compétences ; attribution de tâches inutiles, ingrates ou dévalorisantes ; pression pour en faire plus ; volonté d'isoler, de « placardiser » ou de faire démissionner ; tentative d'humilier ou de ridiculiser ; empêchement d'exercer correctement son travail ou de

s'exprimer ; sabotage du travail. La dévalorisation injuste du travail ainsi que la sous-estimation des compétences sont les situations les plus fréquentées. Par ailleurs, les femmes rapportent plus fréquemment la sous-estimation de leurs compétences (61% contre 53% des hommes).

Propos ou comportements stigmatisants : quatre répondants sur dix sont concernés

41% des actifs affirment avoir été confrontés d'au moins à un propos ou comportement sexiste, homophobe, raciste, lié à l'état de santé, au handicap, à la religion ou à d'autres caractéristiques personnelles au travail.

Trois groupes sociaux figurent parmi les plus exposés à ces propos et comportements : les femmes en situation de handicap (68%) ; les femmes de moins de 50 ans perçues comme non blanches (69%) ; et les hommes homosexuels ou bisexuels (70%).

Discriminations et harcèlement discriminatoire : moins de personnes disent avoir subi une discrimination depuis 2013

Depuis 2013, une légère diminution de la proportion de la population active déclarant avoir été discriminée dans l'emploi se constate (-7 points). Pourtant, le pourcentage demeure encore élevé, avec 23% des personnes enquêtées qui affirment avoir déjà été victimes de discrimination(s) ou de harcèlement discriminatoire dans l'emploi, sans différence significative selon le secteur d'activité.

Le critère de discrimination le plus souvent évoqué demeure l'apparence physique (40% des répondants), suivi du sexe (40% d'entre eux) et de l'état de santé (30%). Si ce classement reste inchangé depuis 2013, les chercheurs pointent une augmentation des discriminations liées à l'apparence physique (de 19% en 2013 à 43% dans le secteur privé en 2020), à l'orientation sexuelle (de 5% en 2013 à 37% dans le secteur privé en 2020) et au jeune âge (de 8% en 2013 à 28% dans le secteur privé en 2020).

• **Conséquences : des effets délétères et durables sur les parcours individuels**

Un des enseignements majeurs de l'étude est que la multiplicité de ces comportements, ainsi que leur caractère systémique et imbriqué, a des répercussions négatives sur la vie professionnelle et personnelle des individus.

Il s'avère ainsi que près de la moitié des actifs (46%) ayant été victimes de discriminations disent avoir connu un impact sur leur emploi. A la suite des faits, 48% des personnes enquêtées ont pris des mesures pour se protéger : 31% ont démissionné ou négocié un licenciement ; 19% ont changé de service à leur demande ; et 18% considèrent qu'elles ont obtenu une réparation.

Additionnement, les victimes de discrimination voient leur bien-être au travail sensiblement affecté : 82% expriment un sentiment de colère ; 49% font état des sentiments de fatigue, de tristesse, de déprime ou de dégradation de l'état de santé ; 38% évoquent l'absence d'envie ou la peur d'aller travailler ; et 29% estiment avoir des pertes de mémoire ou des difficultés de concentration.

Les répercussions sur la suite de la carrière sont aussi négatives : 22% des répondants n'ont pas soumis leur candidature à une offre d'emploi, pourtant en adéquation avec leurs compétences, en raison de leur sexe, leur âge, leur origine ethnique, etc.

In fine, l'expérience de discrimination est susceptible d'influencer les relations de la victime avec son entourage. Ainsi, 44% des répondants admettent avoir connu des relations perturbées avec leur famille et 37% avec leurs amis.

- **Une augmentation des recours intentés**

Un de constats encourageants de l'étude est que plus des trois quarts des personnes ayant été confrontées à une discrimination déclarent avoir entrepris des démarches à la suite des faits. Ce qui représente deux fois plus de personnes par rapport à 2012, soit une augmentation de +19 %.

Les personnes qui ne se sont pas exprimées au moment des faits représentent tout de même 23,5% des actifs. Parmi elles, 68% évoquent la peur de représailles de la part des auteurs, 60% indiquent qu'elles ne savaient pas quoi faire et 56% pensent que cela n'aurait rien changé.

Compte tenu de ces constats, les chercheurs rappellent l'importance pour les entreprises de s'engager dans la lutte contre les discriminations en adoptant une approche globale qui prend en considération « *à la fois la multiplicité des comportements hostiles au travail, leur dimension systémique et les situations particulières de certains groupes qui y sont surexposés* ».

Pour aller plus loin :

<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2020/12/13eme-barometre-de-la-perception-des-discriminations-dans-lemploi-des>

Compte-rendu - Les Rendez-vous du dialogue social

Le concept de diversité : enjeux pour la lutte contre les discriminations au travail

**Maria Konstantina-Kiapekaki,
doctorante en droit social à l'Université de Strasbourg**

L'Institut du travail de Strasbourg, avec le soutien de la DREETS Grand Est, a organisé à Strasbourg le 8 avril 2021 un webinaire intitulé « Le concept de diversité : enjeux pour la lutte contre les discriminations au travail ». Maria Konstantina-Kiapekaki, juriste, doctorante en droit social à l'Université de Strasbourg, est venue présenter les principaux résultats de ses recherches sur ce thème dans le cadre des Nouveaux Rendez-vous du dialogue social.

Il ne s'agit pas d'un compte-rendu de la conférence mais d'une mise à disposition synthétique, avec son accord, de la présentation de l'intervenante.

Nous pouvons remarquer une préférence accrue des entreprises pour l'emploi du terme « diversité » au lieu de celui de « discrimination ». Le raisonnement est double. Premièrement, le terme discrimination se caractérise par une connotation négative et révèle l'existence dans une organisation des victimes et des coupables des actes discriminatoires. Le terme diversité « échappe à ce registre accusateur » et permet d'échapper aux dispositions contraignantes liées à la discrimination. Pour certains la diversité est conçue comme un « mot écran », utilisé pour éviter les mots qui pèsent juridiquement. De l'autre côté, la diversité se présente comme une solution à une autre problématique, celle des discriminations ethniques et raciales et la dénomination des populations visées par ces types de discriminations. Ainsi, le terme « diversité » est employé au lieu d'opérer une dénomination d'une population visée selon des critères tels que l'origine, le nom ou la couleur de peau. L'apparition du terme « diversité » a conduit à la redéfinition multiple des termes, et notamment à l'extension, au déplacement et à l'euphémisation de l'objet des actions antidiscriminatoires. Les pouvoirs publics ont légitimé et soutenu la promotion de la diversité, notamment au sein des entreprises, en érigeant la gestion de la diversité en politique de lutte contre les discriminations. Pour un juriste, il est important de pouvoir qualifier juridiquement ce concept, qui semble toucher plusieurs domaines scientifiques : est-ce que nous nous trouvons dans le cadre d'une politique managériale ? Sommes-nous au sein des démarches de responsabilité sociale des entreprises (RSE) ? Ou peut-on parler d'un concept faisant appel à des véritables instruments juridiques ? Cette qualification inclut le positionnement du concept dans le débat antidiscriminatoire : la diversité est un allié de la lutte contre les discriminations ou en changeant le vocabulaire on risque une diminution de l'effectivité du droit antidiscriminatoire ? Enfin, comment peut-on évaluer la diversité, quelle diversité est bonne ou mauvaise, à partir de quel seuil on considère qu'on a réussi à avoir au sein d'une entreprise une main d'œuvre diversifiée ?

I. Diversité et lutte contre les discriminations

A) Définitions

La diversité est une notion dépourvue de définition juridique. Nous allons alors recourir à d'autres textes pour obtenir une définition. La Charte de la diversité en entreprise de 2004³ la définit dans son glossaire comme « la variété de profils humains qui peuvent exister en sein d'une entreprise ». Les profils se différencient selon une liste de critères non-exhaustive qui comprend l'origine, la région, le quartier, le patronymique, la culture, l'âge, le sexe, l'apparence, physique, les diplômes, le handicap... Dans l'accord national interprofessionnel (ANI) sur la diversité de 2006⁴, la diversité n'est pas définie en tant que telle ; l'accord renvoie aux parties volontaires, notamment aux partenaires sociaux la tâche de définir et délimiter ce terme. L'étude sur 80 accords d'entreprise, accomplie en 2014 par la direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques (DARES)⁵, montre que la définition de la diversité demeure hétérogène et diffère selon l'entreprise. Par contre, il est possible de repérer des éléments et des concepts communs, présents dans la majorité des accords : la valorisation des différences des profils humains, la non-discrimination, l'égalité des chances et de traitement. Le flou qui caractérise la notion de la diversité est accompagné d'une confusion entre celle-ci et les autres notions associées à elle. Un travail de définition est par conséquent nécessaire afin de ne pas confondre la diversité avec les termes qui souvent l'accompagnent : la lutte contre les discriminations, l'égalité de traitement et l'égalité des chances.

De l'autre côté, la notion de discrimination est bien définie et encadrée juridiquement. Au droit de l'UE, les directives nous fournissent des définitions juridiques claires de la discrimination directe et indirecte : la discrimination directe se produit « *lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait* » sur la base de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge, de l'orientation sexuelle⁶ ou encore de la race ou de l'origine ethnique⁷ et la discrimination indirecte « *se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes* ». La liste des motifs discriminatoires a été enrichie progressivement par le législateur français et l'art. L.1132-1 du Code du travail énumère désormais vingt-cinq motifs discriminatoires.

Il nous semble important d'opérer une distinction nette entre les concepts de la diversité et de lutte contre les discriminations mais aussi des concepts connexes tels que l'égalité de traitement et l'égalité de chances. En effet leur finalité et leurs objectifs diffèrent.

³ Charte de la diversité du 22 oct. 2004, page officielle, <http://www.charte-diversite.com/charte-de-la-diversite/>.

⁴ [Accord national interprofessionnel relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006.](#)

⁵ Hélène GARNER, Magali RECOULES, « Égalité, diversité, discrimination : Étude de 80 accords d'entreprise sur la diversité », Document d'études, Dares, n° 182, Juin 2014.

⁶ Directive 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.

⁷ Directive 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.

En ce qui concerne la différence dans les objectifs, la notion de la discrimination est encadrée juridiquement, avec des objectifs précis et des champs d'application déterminés. Or la notion de la diversité, dépourvue de définition juridique, est « par nature sans limite ».

De surcroît, la notion de la discrimination vise des pratiques et des mécanismes inégalitaires, tandis que la diversité s'intéresse aux populations susceptibles de tomber victimes de telles pratiques et mécanismes.

La finalité de ces deux notions diffère également. Les actions pour la lutte contre les discriminations s'intéressent à la détection et la sanction des pratiques reconnues comme discriminatoires selon les critères posés par la loi. Les actions pour la diversité ne relèvent pas d'une obligation légale mais expriment notamment un « volontarisme » qui se traduit notamment par l'effort d'établir dans une organisation donnée une meilleure représentativité des différentes populations.

Or, l'existence d'une main d'œuvre diversifiée ne garantit pas une absence des pratiques discriminatoires et, à l'inverse, son absence ne laisse pas nécessairement supposer l'existence des discriminations. Par conséquent, il est dangereux d'opérer une corrélation entre les deux. Toutefois, la promotion de la diversité est utilisée par les entreprises comme un moyen d'anticipation et de défense de l'employeur à l'encontre des contentieux pour discrimination. Nous pouvons constater que des grandes entreprises, ayant connu des actions pour discrimination, ont développé par la suite des actions de promotion de la diversité.

Il convient de mettre également l'accent sur le lien entre l'égalité et la diversité, parce que ces deux notions servent un objectif commun : éliminer les décalages entre droit et fait⁸. Une distinction doit également être opérée entre l'égalité formelle et l'égalité réelle : L'égalité formelle est définie comme une égalité juridique, une égalité abstraite. L'égalité réelle se réfère à la capacité des individus d'accéder de façon égalitaire à des biens sociaux, par exemple aux aménagements raisonnables appliqués pour que les salariés handicapés puissent accéder à leur lieu du travail, à des situations factuelles qui mettent certaines catégories d'individus à une situation de désavantage et comment ces situations peuvent être compensées.

De cette égalité est apparue progressivement la notion d'égalité de chance : Lorsqu'il y a des catégories des sujets de droit qui sont en désavantage par rapport aux autres, le traitement égal n'est pas suffisant pour compenser ce désavantage. Une égalité de traitement ne suffit pas, il faut une action, une action dite positive afin de compenser ce désavantage.

De l'autre côté, l'égalité républicaine en France se base sur le fait que nous sommes tous égaux et la diversité est entendue comme un moyen de promouvoir l'égalité entre des individus égaux en droit⁹. Par conséquent, la diversité républicaine qui suit ce concept s'oppose à la formation d'identités culturelles et ethniques, puisqu'une telle admission résulterait à l'admission de l'existence de communautés pourvues de droits spécifiques¹⁰. L'accent est

⁸ Jacqueline LAUFER, *L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, Paris, La Découverte, 2014, p.27.

⁹ Hervé MARCHAL, *La diversité en France : impératif ou idéal ?*, Paris, Ellipses, 2010, p.119.

¹⁰ Gwénaële CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis : le problème de la discrimination "positive"*, Paris, LGDJ, 1998., pp.120-121.

alors placé sur les différences individuelles de la personne comme l'âge ou le sexe et la référence à la race ou à l'ethnie se remplace par des critères moins sensibles comme l'apparence physique ou le patronyme. Ceci signifie que la vision républicaine de la diversité empêche la considération des aspects collectifs, tels que l'appartenance à un groupe ethnique, et se limite aux aspects individuels, tels que le patronyme.

B) Quelle place pour la diversité en France ?

L'ANI relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006 définit la place qui doit être accordée à la diversité : Par rapport à la notion de non-discrimination, le concept de diversité constitue une approche complémentaire et dynamique. La diversité peut en effet toucher à toutes les questions liées aux critères antidiscriminatoires qu'on retrouve à l'art. L. 1132-1. Pour les signataires il faut mettre particulièrement l'accent sur les questions liées aux origines réelles ou supposées, c'est-à-dire de s'engager en faveur de la diversité sociale, culturelle et ethnique dans l'entreprise.

Suite à l'ANI, un grand nombre d'accords a été signé, intitulés « accord diversité ». Comme le démontre l'étude de la DARES et notre propre recherche des accords postérieurs à cette étude, les aspects sensibles, qui sont censés être au cœur de la diversité, sont les aspects les moins traités au sein des accords collectifs « diversité ». Dans la grande majorité des accords négociés, nous ne retrouvons que des aspects déjà réglementés par la loi, c'est-à-dire des aspects pour lesquels un cadre juridique normatif et conventionnel est déjà développé : l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'âge et le handicap. De l'autre côté, les aspects dits « sensibles » sont beaucoup moins présents. Cette absence est due à plusieurs facteurs : le cadre juridique est moins développé et n'entraîne pas des obligations légales, le caractère sensible de ces aspects ne trouve pas toujours de consensus sur la meilleure façon de les aborder et, dans le cadre juridique actuel, il est difficile, voire impossible de les définir, les recenser et obtenir une image concrète de ce que ces critères représentent en entreprise. En outre, le risque d'opérer une différence de traitement non justifiée en essayant de mettre en place des politiques de diversité sur la race et l'ethnie et les convictions religieuses est trop élevé. Les références des partenaires sociaux à ces critères dans les accords collectifs diversité se limitent plutôt à la présentation du cadre légal antidiscriminatoire et non pas à une véritable démarche en faveur de la diversité.

Quel potentiel pour la place de la diversité ?

Diversité et intersectionnalité

Nous considérons que la diversité peut être utilisée en tant que tremplin pour la prise en compte de certains concepts qui ne sont pas encore consacrés au niveau légal. Ainsi, la multiplicité des aspects de diversité traités dans les accords collectifs peut constituer une potentielle réponse aux questions de discriminations dites multiples ou intersectionnelles¹¹. Définie par la doctrine, la discrimination intersectionnelle désigne la discrimination qui résulte

¹¹ La Professeure de droit américaine Kimberlé Crenshaw était la première à conférer une connotation juridique à la notion de l'intersectionnalité. Vr. Kimberlé CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, », *University of Chicago Legal Forum*, 1989 et Kimberlé CRENSHAW,

d'un entrecroisement des critères discriminatoires qui apparaissent de manière simultanée et indissociable¹². Reconnue en droit de l'Union européenne, la discrimination multiple est, quant à elle, une situation où une personne est victime de plusieurs discriminations. Le concept des discriminations multiples est perçu de manière plutôt quantitative que qualitative. Ainsi, à la différence de l'approche intersectionnelle, en présence des discriminations multiples, nous sommes souvent à la recherche du « motif déterminant » afin de déterminer le critère sur lequel l'argumentation juridique va se fonder, basculant le débat vers le cadre juridique de la discrimination simple. Par exemple, dans un arrêt de 2016, la Cour de Justice énonce : « à cet égard, si, certes, une discrimination peut être fondée sur plusieurs des motifs visés à l'article 1er de la directive 2000/78, il n'existe, toutefois, aucune nouvelle catégorie de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs de ces motifs tels que l'orientation sexuelle et l'âge, dont la constatation puisse être effectuée, lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément considérés, n'a pas été établie. »¹³

Le débat autour des discriminations multiples et d'intersectionnalité comme d'ailleurs le débat sur la diversité illustre les limites du droit antidiscriminatoire actuel et nous invite à faire avancer ce domaine juridique particulier.

Le lien entre la diversité et l'intersectionnalité a été déjà mis en avant: dans un guide de 2014, l'AFMD et l'ORSE s'intéressent au dialogue social sur la diversité et regrettent le fait que l'aspect intersectionnel n'est pas plus présent dans les accords et considèrent que les accords diversité pourraient combiner les différentes dimensions de la diversité dans l'objectif d'affronter davantage le phénomène d'intersectionnalité¹⁴. Le même sentiment est exprimé par l'étude de la DARES qui constate que les accords diversité ont une approche isolée des différentes composantes sans trop s'intéresser aux situations du cumul des critères.

Les accords diversité demeurent un terrain très propice pour lancer le débat de l'intersectionnalité au sein des entreprises. Les partenaires sociaux sont déjà appelés à négocier sur différents critères protégés dans une optique de lutte contre les discriminations et dans une optique d'égalité de traitement. Examiner la liaison entre les différents critères et les effets spécifiques que cette liaison produit peut constituer la prochaine étape dans cette démarche.

Bien que les exemples ne soient pas nombreux, nous pouvons distinguer certains accords tentant une telle approche avec des références aux notions de discriminations multiples et/ou d'intersectionnalité. Parfois il n'y a aucune référence à ces notions, mais les thématiques traitées relèvent clairement d'une approche intersectionnelle. Un nombre d'accords diversité prévoient des mesures favorisant les jeunes issus des quartiers défavorisés : dans ce cas il y a deux critères discriminatoires distincts qui forment une catégorie particulière, dont les difficultés à trouver un emploi ne repose pas sur un critère ou sur l'autre mais bien à la combinaison de deux. Le premier est l'âge et le deuxième est la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique ou encore le lieu de résidence. Un autre exemple est celui des accords diversité qui mettent l'accent sur l'égalité professionnelle et dans leur analyse

« Mapping the margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, Vol.43, N° 6, juillet 1991.

¹² Marie-Thérèse LANQUETIN, « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, 2009/1 (N° 21), p.103.

¹³ CJUE, 24 nov. 2016, C-443/15, *David L Parris v Trinity College Dublin and Others*, §80.

V. aussi Nicolas MOIZARD, « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *Rev. trav.*, 2017, p. 267.

¹⁴ Annie CORNET (dir.), *Le dialogue social et la gestion de la diversité*, AFMD-Audencia Nantes-HEC Liège-Orse, janvier 2014, p.77.

prennent en compte la situation de la femme salariée détentrice d'un mandat syndical ou encore la situation de famille.

Par conséquent, les partenaires sociaux ont déjà négocié dans une optique intersectionnelle, ce qui démontre que les partenaires sociaux peuvent contribuer davantage au débat sur l'intersectionnalité et les discriminations multiples à travers la négociation et la conclusion des accords diversité.

II. Diversité: une qualification complexe

La diversité n'apparaît pas toujours dans le cadre juridique clair d'un accord collectif valablement négocié et conclu.

A) Un concept managérial : le business case de la diversité

Pour atteindre ses objectifs, une entreprise met en place des modèles de gestion managériaux en tenant en compte des facteurs nécessaires pour réussir. Parmi ces facteurs figure le « facteur humain ». Le facteur humain était considéré à l'origine seulement comme un facteur de production, une variante économique sans distinction particulière. Cette vision purement économique du travailleur a évolué progressivement, notamment à travers l'apparition de recherches démontrant, dès le début du XX^e siècle, que la prise en compte des aspects humains peut conduire à des meilleurs résultats productifs¹⁵. Par conséquent, les ressources humaines ne peuvent pas être traitées comme les autres ressources économiques.

Isabelle Barth et Christophe Falcoz définissent le management de la diversité comme « *l'ensemble des politiques, dispositifs et acteurs qui relèvent, de façon implicite ou explicite, de la lutte contre les discriminations et de la recherche d'égalité des chances pour tous, au sein des entreprises ou des organisations, dans l'intention de promouvoir la reconnaissance des différences comme une richesse pour chacun et pour l'organisation* »¹⁶. La facette managériale de la diversité est traduite en français par le terme « gestion de la diversité ».

La gestion de la diversité au sein de l'entreprise constitue un mélange entre les attentes des salariés et les intérêts économiques et commerciaux de l'entreprise.

Le management de la diversité s'opère à deux niveaux : un niveau interne qui concerne « les acteurs fonctionnels et hiérarchiques au sein de l'organisation » c'est-à-dire les employeurs et les employés, la direction générale, les ressources humaines, les syndicats, et un niveau externe qui renvoie aux acteurs externes à l'entreprise tels que les clients et les fournisseurs, les actionnaires, le système judiciaire, les associations et les autres groupes de pression¹⁷.

¹⁵ Virginia DRUMMOND, *Le management interculturel : gérer efficacement la diversité culturelle dans l'entreprise*, Gereso, Le Mans, 2014, p.26.

¹⁶ Isabelle BARTH, Christophe FALCOZ, *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, EMS Management & société, Cormelles-le-Royal, 2010, p.12.

¹⁷ *Ibid.*

Nous pouvons distinguer deux types de politiques de diversité : les politiques proactives et les politiques réactives¹⁸. Les politiques proactives sont les plus ambitieuses mais aussi les plus efficaces. Les politiques proactives s'appliquent à long-terme et la diversité est conçue comme un atout stratégique de l'entreprise. De l'autre côté, les politiques réactives sont des politiques de court-terme qui sont mises en place pour résoudre des problèmes ou pour éviter les sanctions et les contentieux juridiques. Dans ce cas, la diversité est conçue comme un coût et l'entreprise ne va pas aller au-delà du minimum légal. L'objectif à travers la mise en place de la politique de diversité est de réduire les coûts des discriminations.

Qu'est-ce que les entreprises espèrent gagner de la mise en place d'une politique diversité ? La réponse se trouve à la théorie du « business case » : le « business case » se fonde sur l'hypothèse que les gains économiques issus d'une politique de RSE peuvent compenser le coût de la mise en œuvre de cette politique¹⁹. Il consiste donc à la mise en valeur des résultats économiques positifs de la diversité²⁰. La notion du « business case » est liée à l'idée que la diversité de la main d'œuvre peut améliorer la performance globale de l'entreprise. Selon les spécialistes en sciences de gestion, l'intérêt porté à la diversité ne répond pas seulement à l'objectif de mener une action sociale mais répond à des véritables besoins de l'entreprise :

- Accès à un plus grand nombre des salariés compétents, renouveler et accroître le bassin des ressources humaines disponibles pour l'entreprise
- Réduction des coûts dus à la pression réglementaire ou judiciaire notamment en matière d'égalité de traitement et de lutte contre les discriminations, mise en conformité avec les standards mondialisés appliqués aux entreprises multinationales
- Construction d'une certaine image et réputation, attractivité et légitimité de l'entreprise, représentation de la « réalité de la clientèle »

Sous ce volet, la diversité apparaît plus comme un instrument de performance économique qu'un instrument de lutte contre les discriminations.

B) Un concept de RSE

La RSE fait partie de ce qu'on appelle « soft law ». La notion de soft law, ou droit souple en français, regroupe les normes de conduite qui, en principe, n'ont pas d'effets juridiques contraignants mais qui peuvent cependant avoir une portée normative et par conséquent relever de la sphère juridique²¹.

¹⁸ Anne-Françoise BENDER, Frédérique PIGEYRE, « Mieux conceptualiser la diversité : un enjeu de gestion », *Nouvelles perspectives en management de la diversité : égalité, discrimination et diversité dans l'emploi*, Isabelle BARTH, Christophe FALCOZ, EMS Management & société, Cormelles-le-Royal, 2010, pp.96-97.

¹⁹ Vincent FRIGANT, « Beyond The Business Case and Sustainable chain management: Why Do We Need to Build a Theory of Interfirm Social Responsibility? », *M@n@gement*, 2015, vol. 18(3), p.236.

²⁰ Jean-Marie PERETTI, « Politique de diversité et performance de l'organisation », *Entreprise Ethique* n°34, avril 2012, p.20 Et Jean-Marie PERETTI, Bruce ROCH, « Regards croisés sur les diversités », *Encyclopédie des diversités*, Jean-Marie PERETTI, EMS Management & société, Cormelles-le-Royal, 2012, p.21.

²¹ Emmanuelle MAZUYER, « Soft Law », in Nicolas Postel and Richard Sobel (ed.) *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2013, p.419-423.

Dans ce cadre plus flexible de « soft law », la diversité trouve son plein essor. Comme la RSE pousse les entreprises à aller au-delà de leurs obligations légales notamment en matière sociale et écologique, la diversité promue vise quant à elle d'aller au-delà de ce que la loi prévoit en matière de lutte contre les discriminations et d'égalité de traitement. En matière de diversité nous avons deux instruments RSE importants :

La charte de la diversité du 22 octobre 2004. La charte de la diversité est un document simple et court qui contient six articles/engagements se concentrant à la sensibilisation des collaborateurs et des dirigeants, la lutte contre les discriminations, la promotion de la diversité culturelle et ethnique et le suivi de l'engagement de l'entreprise à travers un bilan inscrit dans son rapport annuel. L'engagement est notamment moral, mais la charte souligne la nécessité de « passer à l'acte » ainsi que les bienfaits de la diversité pour l'entreprise en tant que facteur de progrès, d'efficacité, d'amélioration des relations sociales et de l'image de l'entreprise. La charte a également provoqué des critiques quant à son véritable objectif, sa portée et son utilité, notamment en ce qui concerne la confusion normative qui en découle. Pour d'autres auteurs, cette confusion normative est plutôt positive et démontre la complémentarité entre les normes RSE et le droit.

Le label diversité. Le label diversité est un label social, créé à l'image du label égalité déjà créé en 2004. La création du label diversité en 2008²² marque le début de la labellisation en matière de diversité, avec une procédure similaire pour l'obtention du label égalité (faire un dossier, respecter un cahier de charges, être évalué par la Commission de labellisation...). Si la décision est positive, le label est attribué pour une durée de quatre ans, renouvelable. L'objectif est commun pour tous : obtenir un signe de reconnaissance attestant que le titulaire a un dispositif en matière de prévention des discriminations et de pratiques vertueuses en faveur de diversité. Le label sert ainsi comme une compensation pour l'employeur qui œuvre pour promouvoir la diversité.

Nous pouvons constater de la jurisprudence existante²³ que les entreprises labellisées invoquent l'obtention du label comme moyen de défense complémentaire face aux accusations pour discrimination, de la même façon que les entreprises ayant signé la charte diversité. Ces décisions confirment l'impact juridique relativement faible de ces instruments : lors d'un procès ils peuvent constituer des indices parmi d'autres sans toutefois affecter énormément la décision du juge.

III. L'appréciation de la diversité en entreprise : les éléments chiffrés et la controverse des statistiques ethniques

Les éléments chiffrés jouent un rôle prépondérant tant au niveau du diagnostic qu'au niveau de l'implémentation de la diversité au travail.

²² Décret 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 d'une commission de labellisation.

²³ Quelques exemples : Cour d'appel de Toulouse, ch. 04 sect.01, ch. sociale, 27 septembre 2012, n° 10/06071, Cour d'appel de Douai, ch. sociale, 31 mai 2013, n° 12/03486, Cour d'appel de Grenoble, ch. sociale, 4 octobre 2012, n° 10/05134, Cour d'appel d'Orléans, ch. sociale, ch. des Prud'hommes, 8 avril 2014, n° 255/14, Cour d'appel de Versailles, 6ème ch., 8 novembre 2011, n° 10/04554, Cour d'appel de Douai, ch. soc., 31 mai 2017, n° 15/03105.

A) Le cadre légal

Au niveau de l'UE

Il y a une reconnaissance de l'importance de statistiques pour la preuve de la discrimination indirecte. Les statistiques peuvent servir en tant que moyen de preuve en matière de discrimination indirecte, le salarié victime d'une telle discrimination ne pouvant pas produire une preuve sur la base de la comparaison avec la situation de ses collègues. Les statistiques peuvent ainsi être utilisées pour fournir une analyse des effets de la règle sur une catégorie de la population. Ceci a été consacré par la jurisprudence de la Cour de Justice, notamment en matière de discrimination sur le sexe : « *lorsque des statistiques significatives laissent apparaître une différence sensible de rémunération entre deux fonctions de valeur égale dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre principalement par des hommes, l'art. 119 du Traité CEE impose à l'employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* »²⁴.

La diversité présentait depuis toujours un objectif, une valeur transversale pour l'UE mais aucun texte contraignant ne l'a érigé en véritable priorité. Ceci va changer avec la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014²⁵ concernant la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes. La directive 2014/95/UE rajoute en matière de publication d'informations non financières, les informations relatives à la diversité : selon le considérant 19, certaines grandes entreprises « *devraient être tenues de publier des informations sur les politiques de diversité en rapport avec les organes d'administration, de gestion et de surveillance au regard de critères tels que, par exemple, l'âge, le genre ou les qualifications et l'expérience professionnelles. La publication des informations sur la politique de diversité devrait faire partie de la déclaration sur le gouvernement d'entreprise* ».

Le règlement général sur la protection des données (RGPD)²⁶ : vise la protection des données personnelles et détermine le cadre selon lequel certaines données peuvent être partagées. Par exemple, en ce qui concerne les accords collectifs d'entreprise, ils peuvent « *prévoir des règles spécifiques relatives au traitement des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail, notamment les conditions dans lesquelles les données à caractère personnel dans le cadre des relations de travail peuvent être traitées sur la base du consentement de l'employé, (aux fins du recrutement, de l'exécution du contrat de travail, y compris le respect des obligations fixées par la loi ou par des conventions collectives, de la gestion, de la planification et de l'organisation du travail), de l'égalité et de la diversité sur le lieu de travail, (de la santé et de la sécurité au travail, et aux fins de l'exercice et de la jouissance des droits et des avantages liés à l'emploi, individuellement ou collectivement, ainsi qu'aux fins de la résiliation de la relation de travail).* » Les données recueillies dans le cadre d'un accord diversité

²⁴ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, CJCE, 13 juill. 1989, *Rinner-Kühn*, CJCE, 27 oct. 1993, *Enderby*, D. 1994, Somm. p. 301, obs. M.-T. Lanquetin, CJCE 9 févr. 1999, aff. C-167/97, *Seymour-Smith*, AJDA 1999. 798, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues; D. 2000. 182, note M.-C. Escande-Varniol, CJUE 19 avr. 2012, *Meister*, n° C-415/10 ; D. 2012, p. 1132, RDT 2012, p.497, obs. Moizard.

²⁵ Directive 2014/95/UE du Parlement européen 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

²⁶ Règlement (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 (règlement général sur la protection des données).

font par conséquent partie des thématiques traitées dans le cadre du RGPD et seront soumises au contrôle de autorités publiques indépendantes chargées de surveiller son application, un rôle confié en France à la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL).

En droit français

La loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés interdit le traitement des données « *qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique* ».

L'entrée en vigueur du RGPD a modifié certains points, en accentuant notamment la responsabilité des entreprises, l'employeur devenant acteur, responsable de la mise en conformité et chargé de la preuve²⁷. Au lieu de faire une déclaration à la CNIL, les entreprises sont obligées de tenir un registre interne des activités de traitement effectuées sous leur responsabilité²⁸. Le RGPD met l'accent sur les risques du traitement des données personnelles et rajoute des nouvelles obligations pour les entreprises afin de déterminer la probabilité et la gravité du risque pour les droits et libertés de la personne. Parmi les risques envisagés à prendre en considération, les entreprises doivent être vigilantes que le traitement de données ne donne lieu à une discrimination.

Pour les dérogations de cette interdiction, la loi Informatique et libertés renvoie au RGPD et à l'art. 9.2.b). Parmi les dérogations nous retrouvons des cas déjà prévus par la loi informatique tels que le consentement explicite de la personne et la défense d'un droit en justice. Nous retenons plus particulièrement la dérogation concernant le droit du travail ainsi que les conventions collectives : Ainsi l'interdiction ne s'applique pas lorsque « *le traitement est nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union, par le droit d'un État membre ou par une convention collective conclue en vertu du droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits fondamentaux et les intérêts de la personne concernée* ». Cette dérogation est toutefois soumise à des conditions : l'employeur doit informer les salariés du traitement de leurs données et dans certains cas obtenir leur consentement préalable et explicite (art.7) ; les données collectées doivent être limitées à celles strictement nécessaires à l'objectif du traitement (art.5) ; enfin l'employeur est également responsable d'assurer la sécurité et la confidentialité des données (art.32).

B) Les éléments chiffrés au service de la diversité

²⁷ Ariane MOLE, « Les nouvelles obligations sous l'égide du RGPD », *Sem. Soc. Lamy*, n°1840, 10 décembre 2018, Savane FISCHER, Ronan KERVADEC, « L'impact du RGPD sur la gestion des données personnelles des salariés », *Les Cahiers Lamy du CE*, n°179, 1^{er} mars 2018.

²⁸ Art.30 du Règlement (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 (règlement général sur la protection des données).

La notion de la diversité a fait émerger plus particulièrement la question des statistiques ethniques. Dans les pays anglo-saxons, le recueil de données raciales et ethniques constitue une tradition courante faisant partie des politiques de lutte contre la discrimination : le « ethnic monitoring » est un outil de surveillance des disparités entre les groupes, ainsi qu'un outil d'évaluation des effets potentiellement discriminatoires d'une action ou d'une politique.

En France, l'idée de produire des statistiques ethno-raciales a causé un vif débat qui demeure ouvert. L'idéal républicain français de l'égalité ne permet pas une distinction basée sur la race, l'origine ou la religion. L'idée de créer des catégories d'appartenance selon l'origine, inclut un danger réel de stigmatisation des personnes appartenant à une minorité ethnique, un danger d'imposition d'assignation identitaire ainsi que la crainte que l'utilisation des données statistiques aille perpétuer les discriminations au lieu de les révéler et les combattre²⁹.

Nous pouvons distinguer deux possibilités pour avoir des données chiffrées en matière de diversité :

- La méthode subjective consiste à mesurer les discriminations à partir de la perception et du ressenti des personnes: enquête Trajectoire et origine (TeO) 2008³⁰ données recueillies sur la base des expériences auto-déclarées et de l'identification de traitements défavorables au cours de situations de la vie sociale fondées sur des critères discriminatoires³¹. Un deuxième volume Trajectoires et origines nommée TeO2 est en cours de préparation actuellement, la nouvelle enquête visant à mettre à jour les données de l'enquête précédente et à examiner les évolutions qui ont eu lieu en la matière³². Pour la réalisation de cette enquête une autorisation spéciale a dû être demandée par la CNIL afin de pouvoir récolter les données légalement.
- La méthode expérimentale repose sur l'observation factuelle de traitements inégaux par des tests de situation et des expérimentations réalisées dans un cadre particulier et suivant un protocole spécifique³³. C'est l'exemple du testing et du CV anonyme. Le CV anonyme est prévu à l'art. L.1221-7 du Code du travail et prévoit une utilisation facultative de cet instrument. En droit du travail, le testing s'opère au niveau des candidatures, le CV anonyme étant l'exemple le plus courant mais pas le seul ; il consiste à l'envoi des candidatures identiques à tous les points, à l'exception du critère susceptible de faire objet d'une discrimination, comme le patronyme ou l'adresse. Cette méthode réussit à faire apparaître l'effet propre de la variable examinée et à mettre directement en cause le discriminateur³⁴. Le testing peut s'avérer très

²⁹ David B. OPPENHEIMER, « Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale...à sa manière », in *Diversité et discriminations raciales : une perspective transatlantique*, Frédéric GUIOMARD, Sophie ROBIN-OLIVIER (dir.), Dalloz, Paris, 2009, p.95, V. aussi Thierry BRETTON-Terra Nova, « La lutte contre les discriminations liées aux origines dans le monde du travail : Faire cesser une injustice sans commettre une autre », Terra Nova, Rapport du 1^{er} octobre 2020.

³⁰ Équipe TeO coordonnée par Cris Beauchemin, Christelle Hamel et Patrick Simon, « Trajectoires et Origines, Enquête sur la diversité des populations en France », octobre 2010, *Document de travail* 168, 151 p.

³¹ Jean Luc PRIMON, Patrick SIMON, « Mesurer le racisme ? L'apport des enquêtes quantitatives à la sociologie du racisme », *Sociologie et sociétés*, vol. 50, n°2, 2018, p.193.

³² La collecte de données a eu lieu de juillet 2019 à octobre 2020, les résultats seront publiés en 2022.

INSEE, *Trajectoires et Origines 2 : enquête sur la diversité des populations en France*, <https://www.insee.fr/fr/information/4172158>.

³³ Gilles BON-MAURY, Catherine BRUNEAU, Clément DHERBECOURT [et al.], *Le coût économique des discriminations : rapport à la Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social et au Ministre de la ville, de la jeunesse et des sports*, Paris, France stratégie, 2017, p. 26.

³⁴ Olivier MASCLET, *Sociologie de la diversité et des discriminations*, Armand Colin, Paris, 2012, p.39.

utile pour révéler les discriminations dans la première phase du recrutement mais ne peut pas être employé à la phase de l'entretien ou encore au niveau de la promotion de la carrière.

En 2019, a été lancée par le gouvernement une campagne nationale de testing sur les discriminations à l'embauche auprès de quarante entreprises françaises cotées en bourse. Les critères utilisés pour le testing étaient ceux de l'origine et du lieu de résidence (adresse dans et hors d'un quartier prioritaire) et les résultats ont permis de mettre en évidence notamment « *une discrimination significative selon le critère de l'origine, à l'encontre du candidat présumé maghrébin, dans presque tous les territoires de test* »³⁵. Cette campagne constitue la première vague de testing, qui sera suivie d'une seconde vague de testing, à nouveau sur 40 entreprises du SBF 120 tirées au sort³⁶.

C) Les indicateurs

A part la difficulté de quantifier des notions comme la diversité, un autre danger serait de procéder à une multiplication et surutilisation des indicateurs sociaux dans un effort de trouver les indicateurs capables à mesurer chaque aspect de la diversité. En effet, l'objectif ne doit pas être la multiplication des indicateurs utilisés par les entreprises mais la recherche et la mise en place des indicateurs pertinents pour chaque entreprise et chaque aspect de diversité. L'employeur a plusieurs indicateurs à sa disposition pour « mesurer » certains aspects de la diversité :

- La base de données économiques et sociales (BDES) : selon l'article L2312-18 du Code du travail, la BDES « *rassemble l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du comité social et économique. Ces informations comportent en particulier des indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur les écarts de rémunération* »³⁷. Dans le cadre de la BDES des indicateurs précis sont à la disposition de l'employeur : par exemple la répartition par sexe de l'effectif total (indicateur 115), la répartition par âge de l'effectif (indicateur 116), le nombre de salariés handicapés au 31 mars de l'année considérée (indicateur 171), la répartition de l'effectif total selon l'ancienneté (indicateur 117), le nombre de salariés promus dans l'année dans une catégorie supérieure (indicateur 151) ou encore la répartition de l'effectif total selon la nationalité : Français ou Étrangers (indicateur 118)³⁸. Ces éléments nous montrent que malgré la réticence décrite ci-dessus quant à l'utilisation des éléments chiffrés, l'employeur ainsi que les partenaires sociaux disposent des outils légaux nécessaires pour mesurer effectivement certains aspects de la diversité.

³⁵ Rapport final pour le CGET, [Discrimination dans le recrutement des grandes entreprises : une approche multicanale](#), mars 2019, p.6, p.10 V. aussi « Discriminations à l'embauche : les grandes entreprises ne sont pas épargnées », *actuEL RH*, 9 janvier 2020.

³⁶ Communiqué de presse du ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, *Lutte contre les discriminations dans l'accès à l'emploi : lancement d'une nouvelle vague de testing des entreprises*, 17 juin 2020.

³⁷ Art. L2312-18 code du travail, créé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, art. 1 et art. R2312-7 modifié par le décret n°2019-382 du 29 avril 2019, art.2.

³⁸ Arrêté du 8 décembre 1977 fixant la liste des indicateurs figurant dans le bilan social d'entreprise et dans le bilan social d'établissement des secteurs du commerce et des services, version consolidée au 24 janvier 2020.

- Les indicateurs de performance extra-financière : il s'agit des règles spécifiques concernant les indicateurs en matière de déclaration de performance extra-financière, celle-ci comprenant parmi d'autres éléments « *les conditions de travail des salariés, les actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et les mesures prises en faveur des personnes handicapées* »³⁹ (en ce qui concerne l'emploi les indicateurs comprennent l'effectif total et la répartition des salariés par sexe, par âge et par zone géographique et les rémunérations et leur évolution⁴⁰; concernant l'égalité de traitement les indicateurs incluent 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 ainsi que la politique de lutte contre les discriminations⁴¹).
- Les indicateurs RSE : nous pouvons citer l'exemple du Label Diversité, celui-ci exigeant de mesurer les résultats obtenus en matière de diversité. L'AFNOR offre une série d'indicateurs à la disposition des entreprises souhaitant aller plus loin dans leurs démarches.
- L'Index sur l'égalité professionnelle mis en place par la loi sur la liberté de choisir son avenir professionnel de 2018⁴² et le décret de 2019⁴³. L'article L.1142-8 du Code du travail prévoit que « *dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'employeur publie chaque année des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer* ». Les indicateurs sont précisés par l'article D.1142-2 du Code de travail. Cette quantification de l'égalité professionnelle peut également avoir des conséquences négatives, notamment en ce qui concerne le rôle des partenaires sociaux. Même si la négociation en la matière demeure obligatoire, l'intérêt risque à se déplacer plus vers l'obtention d'une « bonne note » que vers l'égalité effective. En d'autres termes, une fois cette « bonne » note acquise, négocier en faveur de l'égalité aura moins d'intérêt. De plus, certains indicateurs sont plutôt inadaptés pour mesurer certaines facettes non quantifiables des inégalités, par exemple les conditions de travail.

Enfin, nous pouvons nous interroger sur la possibilité d'élargir le cadre de l'index égalité pour inclure d'autres aspects de diversité, notamment les aspects dont le recueil des éléments chiffrés est permis par la loi. Ainsi les objectifs mis en place en matière de diversité pourraient se concrétiser à travers la création d'autres types d'index. En effet, l'Association Nationale des DRH (ANDRH) a proposé l'introduction d'un Index Seniors afin de favoriser le maintien dans l'emploi des seniors⁴⁴. Toutefois, nous pouvons difficilement imaginer un index diversité. En effet, un outil réglant l'ensemble des aspects incorporés au sein de cette notion serait impossible, la complexité du sujet demandant des dispositifs distincts pour chaque aspect à examiner. Par contre, le cadre juridique actuel permettrait

³⁹ Art. L.225-102-1 code du commerce (modifié par la Loi n°2018-938 du 30 octobre 2018, art. 55).

⁴⁰ Art. R.225-105 II. A. 1° a) du code du commerce (modifié par Décret n°2017-1265 du 9 août 2017, art. 2).

⁴¹ Art. R.225-105 II. A. 1° f) du code du commerce (modifié par Décret n°2017-1265 du 9 août 2017, art. 2).

⁴² Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

⁴³ Le décret 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.

⁴⁴ Anne BARIET, Justine GRUET-ZOUGAR, « L'ANDRH milite pour la création d'un "Index seniors" », *actuEL RH*, 11 sept. 2019.

la mise en place d'un Index sur la perception des discriminations tel que le propose le Conseil national de l'information statistique (CNIS)⁴⁵.

Une première idée consiste à examiner si certains critères peuvent se substituer aux critères de la race et de l'ethnie. Un exemple est le critère de la résidence. On pourrait constater l'existence des quartiers occupés majoritairement par des populations minoritaires qui présentent un taux de chômage ou de pauvreté élevé et ainsi déduire l'existence des discriminations raciales et ethniques. Un autre critère est celui des prénoms et patronymes, méthode qui est déjà mise en place pour analyser les décisions judiciaires, les dynamiques électorales ou les pratiques discriminatoires au sein des entreprises. Le pays de naissance (naissance en France ou à l'étranger) est également déjà utilisé comme indicateur par l'Insee.

La recherche des indicateurs va plus loin qu'une démarche de statisticiens, elle détermine aussi les objectifs que nous posons en utilisant le terme « diversité » et peut faire toute la différence, les indicateurs n'étant pas nécessairement neutres.

Conclusion

Nous pouvons constater que l'utilité et l'effectivité des instruments de diversité sont souvent mise en cause. Pour certains, les instruments en RSE manquent de réglementation, c'est-à-dire ne disposent pas suffisamment de mesures contraignantes, tandis que pour d'autres la RSE peut devenir beaucoup plus efficace si elle est perçue comme « une interprétation proactive et non minimaliste des règles juridiques ». Quant à la qualification juridique ou pas du concept de diversité, il faudrait mettre l'accent sur les intentions des parties et leur choix d'instrument. La diversité sous la forme d'un accord collectif créera des engagements juridiquement contraignants, la diversité sous le prisme d'une politique de gestion aura des effets au niveau managérial et enfin lorsque les acteurs optent pour une démarche RSE, les effets dépendront du niveau d'engagement poursuivi dans le cadre de la signature de la charte ou l'obtention du label. L'effectivité des mesures de diversité est par conséquent intrinsèquement liée aux intentions des acteurs qui les mettent en place. De ce point de vue, l'impact peut être très positif ou avoir des résultats inverses à ceux recherchés. Selon les cas, la diversité peut être un objet du dialogue social ou un simple outil RH servant à écarter les poursuites et éviter les plaintes pour discrimination. En tout état de cause, l'objectif ne doit pas être de diminuer les obligations légales en matière de lutte contre les discriminations mais de jouer un rôle de complémentarité à celles-ci, la diversité devant être un résultat et pas nécessairement un objectif en soi.

⁴⁵ CNIS, « La mesure des discriminations dans l'emploi », *CNIS-Chroniques* n°14, février 2018.

Sélection bibliographique

Voici une sélection d'ouvrages et de numéros de revue par la bibliothécaire de l'Institut du travail de Strasbourg.
Ils sont tous disponibles à la bibliothèque de l'Institut du travail.

La bibliothèque est accessible sur rendez-vous pour retrait des prêts. N'hésitez pas à consulter le site de l'Institut du travail <https://idt.unistra.fr/> ou le site bu.unistra.fr, ou à envoyer un mail à bu-bib-idt@unistra.fr



MERCI MAIS NON MERCI

Céline Alix

Payot – Collection : Essais, 10/02/2021
ISBN : 978-2-228-92753-6

En s'appuyant sur des témoignages et sur des travaux de sociologues, de philosophes ou de féministes, l'auteure analyse les raisons qui poussent les femmes à sortir des carrières toutes tracées et revisite leur choix autrement que par le prisme de l'échec. Elle explique que les femmes sont en mesure de proposer une alternative au monde du travail actuel, en souffrance et au bord de l'implosion. ©Electre 2021

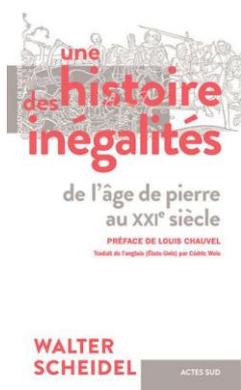


Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination

Delphine Tharaud, Caroline Boyer-Capelle

L'Harmattan – Collection : Le droit aujourd'hui, 02/02/2021
ISBN : 978-2-343-21863-2

Un dictionnaire regroupant plus de 300 mots et expressions sur l'égalité et la non-discrimination en droit français. Ces deux notions sont de plus en plus présentes dans les disciplines juridiques et nécessitent donc un vocabulaire adapté. ©Electre 2021©Electre 2021



Une histoire des inégalités : de l'âge de pierre au XXIe siècle

Walter Scheidel

Actes Sud – Collections : Questions de société, 27/01/2021
ISBN : 978-2-330-14077-9

Publiée en 2017, cette étude identifie quatre phénomènes qui inversent la courbe croissante des inégalités : guerre, révolution, effondrement de l'Etat et pandémie. La démonstration se déroule à travers l'histoire d'une grande diversité de sociétés, de l'Athènes de Périclès au Japon d'Hirohito, des Mayas à la Somalie contemporaine, de la Chine impériale à la grande Babylone. ©Electre 2021



L'égalité femmes-hommes au travail de A à Z : abécédaire des droits des femmes en milieu professionnel

Mélanie Duverney, Pret Marie-Hélène, Joron Véronique Mahé

Gereso – 20/05/2021

ISBN : 978-2-37890-695-5

Cet abécédaire recense les articles de loi relatifs à l'égalité entre les sexes dans le milieu professionnel. ©Electre 2021 (non paru)



La diversité : étude en droit du travail

Marie Peyronnet

Thèse universitaire – 2019

Le droit du travail intervient pour régir les rapports entre employeur et salariés au sein d'une micro-société qu'est l'entreprise. En toute logique, les effectifs de cette dernière devraient être le reflet de la diversité française. Or, tant au niveau du recrutement, de la promotion, que de la rémunération, nous ne sommes pas tous traités sur un pied d'égalité, et ce, malgré le principe universaliste d'égalité promu par la Déclaration de 1789. [...] Toutes les différences ne

nécessitent pas un traitement différent. Le principe d'égalité ne doit en aucun cas se retrouver dilué dans les mesures spécifiques, divisé par les traitements particuliers.



Recruter sans discriminer : respecter le cadre légal et éviter les pièges de la discrimination

Anne-Lise Douat, Marie-Françoise Hosdain

Gereso – Collection : L'essentiel pour agir. Ressources humaines-recrutement – 25/02/2021

978-2-37890-573-6

Des outils à destination des recruteurs pour faire respecter le cadre légal de l'embauche et éviter la discrimination consciente ou inconsciente envers les candidats. Avec des informations synthétiques sur l'état du droit français en la matière et des conseils méthodologiques à appliquer en situation de recrutement. Des fiches pratiques sont téléchargeables sur Internet. ©Electre 2021

En ligne :

- **Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes** -<https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/stereotypes-et-roles-sociaux/bibliographie/>
- **Ministère de l'économie** <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/index-egalite-professionnelle-obligatoire>
- **HAL** <https://hal.archives-ouvertes.fr/search/index?q=index+%C3%A9galit%C3%A9>

Invitations aux nouveaux Rendez-vous du dialogue social

L'Institut du travail de Strasbourg, en partenariat avec la DREETS (ex DIRECCTE) Grand Est, a le plaisir de vous convier à un cycle de visioconférences. Nous souhaitons que ces Nouveaux Rendez-vous soient un lieu d'échanges et de débat profitables à tous. Voici les 2 prochains webinaires :

- Inscription gratuite mais obligatoire
- Le lien pour le webinaire sera envoyé, après inscription, quelques jours avant la conférence).

<p>Mardi 11 mai De 11h à 12h</p>	<p>Les obligations de l'employeur en matière de formation professionnelle continue</p> <p>Nicole Maggi-Germain, maître de conférences à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, Directrice de l'Institut des Sciences Sociales du Travail</p> <p><i>Tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, l'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. Tel était l'apport essentiel de l'arrêt de la Cour de cassation Expovit de 1992. Codifiée par la loi Aubry II, l'obligation a évolué avec le vote de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : l'adaptation des salariés à leurs emplois est devenue une obligation d'assurer leur adaptation au poste de travail, contribuant incontestablement à un resserrement de l'étendue de l'obligation. Mais, dans le même temps, les sénateurs complétaient cette obligation par une phrase qui prévoyait que l'employeur « veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations » (Cod. trav. art. L6321-1). C'est sur cette base juridique qu'ont été rendues plusieurs décisions précisant l'étendue des obligations de l'employeur s'agissant de l'adaptation de ses salariés afin de maintenir non pas leur employabilité, mais leur capacité professionnelle.</i></p>	<p>https://applications.unistra.fr/invitation/inscription.php?inscription=oui&time=0704202118162</p> <p><u>7</u></p>
<p>Mardi 18 mai De 11h- 12h</p>	<p>Obtenir un diplôme en validant ses acquis de l'expérience (VAE) : entre difficulté procédurale et vraie opportunité.</p> <p>Michel Rocca, Professeur à la Faculté d'Economie de Grenoble, Directeur de l'Institut d'Etudes Sociales de Grenoble.</p> <p><i>En adaptant par étapes successives un dispositif légal ancien, le législateur prévoit aujourd'hui la possibilité d'obtenir un diplôme en faisant valoir des acquis développés dans sa vie professionnelle mais aussi également dans sa vie personnelle. Est-ce une opportunité intéressante pour les salariés ? Que nous enseignent les expériences des universités françaises ?</i></p> <p><i>Au total, l'état des pratiques reste très encourageant, tant pour les salariés que pour les entreprises. Il demeure toutefois une grande amertume face aux occasions ratées de faire de la VAE une vraie politique, au bénéfice du plus grand nombre.</i></p>	<p>https://applications.unistra.fr/invitation/inscription.php?inscription=oui&time=0704202118211</p> <p><u>2</u></p>