



## Dossier

# Spécial Numérique et focus Aéronautique, spatial et défense 24

### **CERTIFICATION, CONSEIL**

Le marché de la certification en 2022 et les perspectives pour 2023

45

### **PREVENTION DES RISQUES, ENVIRONNEMENT**

L'exactitude des valeurs : un prérequis indispensable pour bien gérer ses risques

22

### **EXCELLENCE, DÉMARCHE**

Comment l'innovation prépare-t-elle à la résilience ?

65

### **OUTILS QUALITÉ**

Santé et environnement : quelles solutions pour la gestion des risques et de la qualité ?

69

# MESURES&TESTS

MARKETPLACE PAR MRJ PRESSE

Découvrez le portail  
sur la mesure,  
les tests et  
l'instrumentation.

Mesures & Tests  
vous propose d'être  
**mis en relation  
gratuitement avec  
les prestataires  
du marché.**



[www.mesures-et-tests.com](http://www.mesures-et-tests.com)

## AVIS D'EXPERT

# Discrimination positive, attention à l'interdiction des discriminations

La discrimination positive ou action positive (traduction littérale de l'anglais « affirmative action ») est une politique ayant pour objet de favoriser certaines catégories de personnes que l'on estime être désavantagées.

Le but de ces mesures est de rétablir l'égalité des chances en luttant contre une situation inégalitaire grâce à la mise en place plus ou moins temporairement de mesures elles-mêmes inégalitaires. On cherche ainsi à compenser ou éliminer une discrimination en créant une discrimination « positive ». Il peut donc être tentant, en tant qu'employeur, de mettre en place une discrimination positive que ce soit lors du recrutement ou lors de l'avancement des salariés. Cela afin de favoriser une catégorie de population qui pourrait être sous représentée dans les effectifs.

Mais attention, en France la discrimination est passible de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende (article 225-2 du code pénal), et la loi ne connaît que de rares exceptions.

### L'INTERDICTION DES DISCRIMINATIONS EN DROIT DU TRAVAIL

Le code du travail aux articles L1132-1 à L1132-4 interdit expressément les discriminations.

Aucune des mesures prises par l'employeur ne doit avoir pour origine un motif que la loi considère comme discriminatoire. La mesure la plus connue est évidemment l'interdiction des discriminations à l'embauche. Mais l'article L1132-1 du code du travail détaille toute une liste de comportements prohibés, le but étant de protéger les salariés durant toute leur période d'emploi et d'éviter qu'ils ne puissent être sanctionnés en fonction de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, ... Au total, la loi reconnaît 25 critères de discrimination interdits

### L'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI, UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL

Cette interdiction générale prévue dans le code du travail et qui semble empêcher la discrimination positive n'est que l'expression d'un principe à valeur constitutionnel : l'égalité.

Olivier Javel,  
Avocat à la Cour  
chez 1792 Avocats



© DR

Le premier alinéa de l'article 1er de la Constitution de 1958 prévoit que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. « ... » ».

De façon plus précise, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « Elle [la loi] doit être la même pour tous soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». C'est pourquoi il est couramment dit que la loi doit être aveugle. Elle ne peut pas servir à favoriser un groupe.

### LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE : LES CAS DE DISCRIMINATION POSITIVE ADMIS

Puisque le code du travail prévoit une interdiction générale des discriminations en droit du travail, pour qu'une discrimination positive puisse exister il faut qu'une loi prévoit des exceptions.

Le conseil constitutionnel estime que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit.

Ainsi, la loi peut prévoir, à la condition de les justifier par des éléments objectifs, des différences de traitement qui ont pour conséquence une discrimination positive. C'est pourquoi les femmes (L1142-4 du code du travail) et les travailleurs handicapés (L1133-4 du code du travail) peuvent faire l'objet d'une discrimination positive. Mais les exceptions prévues dans le code du travail sont très peu nombreuses. En France, sauf dans des cas très particuliers, un employeur privé ne peut pas instaurer une politique de discrimination positive et ce quand bien même ses intentions seraient louables.

### PREUVE DE LA DISCRIMINATION

Les employeurs doivent se montrer particulièrement vigilants. Le risque de condamnation est facilité par un aménagement du système probatoire.

En principe, la preuve d'un fait juridique doit être rapportée par la personne qui allègue l'existence dudit fait.

Cependant, l'article L1134-1 du code du travail a aménagé la preuve. La personne qui se prétend victime d'une discrimination doit présenter au juge des éléments de faits qui laisse supposer l'existence d'une discrimination (directe ou indirecte). La discrimination supposée a pour effet de créer un renversement du risque probatoire. Ce sera à la partie défenderesse de démontrer l'absence de discrimination. Or, la preuve d'un fait négatif peut être très difficile à rapporter ●

Olivier Javel