

Droit social 2024 p.81

Le concept d'inclusion : genèse et construction

(Seconde partie) 📖(1)

Marie Mercat-Bruns, Professeure affiliée à l'École de droit de SciencesPo (MCF HDR CNAM LISE CNRS)

L'essentiel

L'Europe intègre désormais la notion d'inclusion dans ses orientations institutionnelles et le terme est présent dans le discours des ressources humaines. Cependant, en droit, l'inclusion est-elle véritablement un concept émergent ? Peu de textes y font référence. Au regard des notions d'intégration, d'inclusion sociale, d'insertion et d'inclusion dans la sphère du droit du handicap, le processus d'inclusion vise moins l'égalité de traitement vis-à-vis d'une personne et plus l'élimination du problème qui cause les entraves à la pleine participation des travailleurs à l'emploi. La recherche d'un fondement éventuel à un droit individuel à l'inclusion ou d'une responsabilité collective garantissant un environnement inclusif suppose de réfléchir à l'articulation de ce concept avec les instruments existants de lutte contre les discriminations.

II. - Le droit à l'inclusion : d'un droit individuel opposable à l'entreprise inclusive ?

La cartographie des différents processus (intégration, inclusion sociale, insertion) révèle en creux que l'inclusion telle qu'elle dérive de la logique des droits fondamentaux, inspirée par le droit du handicap, semble conduire à une appréhension juridique plus relationnelle de l'élimination des obstacles à la pleine participation des personnes à l'emploi mais également au logement, aux transports... Ce constat incite à rechercher les possibles contours juridiques d'un droit à l'inclusion, au-delà de sa place dans les discours, eu égard à son fondement juridique, sa nature et son cadre d'appréciation qui paraît à la fois individuel (personnes physiques) et collectif (les personnes morales telles que les entreprises inclusives) (A). Ensuite, il faut creuser la façon dont l'émergence d'un éventuel droit à l'inclusion s'articule avec le droit de la non-discrimination existant (discrimination directe, indirecte) et les limites de sa mise en oeuvre dans les dispositifs juridiques actuels et les politiques nationales et européennes qui soutiennent cette évolution dans le langage normatif (B).

A - Le droit à l'inclusion : fondement, nature et cadre d'appréciation

L'avènement de la Convention internationale des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) en 2006 qui mentionne l'inclusion dans ses principes généraux 📖(2), assortie de ses comités de suivi auprès des États qui l'ont ratifiée et doivent produire des rapports sur sa mise en oeuvre, pose la conjecture plus large du fondement et de la nature des droits attachés au concept d'inclusion. Cette question doit être posée sur le plan individuel et collectif en raison de la dimension fonctionnelle du processus que mobilise ce concept tout au moins dans le discours et certains mécanismes juridiques comme l'aménagement raisonnable. En effet, si l'entreprise doit être inclusive, se pose alors la question de l'engagement de sa responsabilité collective et dans quelle mesure cela touche tous les groupes visés par le droit de la non-discrimination.

1. Fondement du droit à l'inclusion : un droit économique et social ?

La CIDPH permet d'illustrer ce nouveau modèle d'inclusion en droit et permet de réfléchir à son fondement. La Convention définit de façon large les droits des personnes handicapées comme des droits humains, incluant non seulement le droit à la non-discrimination et les aménagements raisonnables, mais aussi des droits économiques et sociaux. En effet, il n'est pas possible d'envisager un droit à l'inclusion, une sorte de « droit à », sans réfléchir à l'effectivité de ce droit dans le cadre des politiques visant les personnes handicapées. Au-delà d'un principe général qu'évoque la Convention dans son article 3, l'inclusion des personnes en situation de handicap exige de réfléchir à l'accès aux droits⁽³⁾ avant de penser à l'exercice des droits. L'affirmation du droit à l'inclusion conduit à la promotion du principe de conception universelle (*universal design*), selon lequel les lieux et services doivent être rendus d'emblée accessibles au plus grand nombre, limitant ainsi la nécessité de recourir à des aménagements spécifiques⁽⁴⁾. L'inclusion suppose de considérer le travailleur en situation de handicap comme personne dans sa globalité avec l'ensemble des freins structurels en amont qui empêchent sa participation à une activité professionnelle du domicile au lieu de travail.

Mais le droit à l'inclusion, comme le droit à l'emploi lui-même en tant que droit économique et social, suppose que les aménagements raisonnables pour limiter les obstacles à l'emploi des personnes en situation de handicap au travail prennent en compte effectivement, au niveau européen, tous les dispositifs publics qui facilitent l'exercice du travail au poste : « Les mesures d'aménagement raisonnable ne doivent pas imposer à l'employeur une charge disproportionnée ». Mais cette charge n'est pas disproportionnée « lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ». Ainsi alors que le droit à l'inclusion comprend un droit de pas exclure compris dans le respect de la non-discrimination, il prévoit aussi la contribution par des aides de l'État à la mise en oeuvre du droit⁽⁵⁾ et ressemble, sur ce point, aux droits économiques et sociaux, le droit à l'emploi, le droit à la santé, qui prévoient des prestations chômage, des prestations liées à la maladie. Le seul tempérament (qui n'est pas des moindres) est la faible opposabilité des droits économiques et sociaux eux-mêmes qui cherchent à satisfaire le plus grand nombre dans la mesure du possible, comme le rappelle le Conseil constitutionnel⁽⁶⁾.

L'intérêt d'évoquer l'éventuel fondement économique et social du droit à l'inclusion est de montrer qu'à la différence du droit de pas discriminer qui cherche à enlever les entraves au travail sans prestation à la clé, le droit à l'inclusion, s'il est décliné par rapport aux obstacles à l'emploi pour un ensemble de groupes, pourrait comprendre une anticipation des moyens financiers et logistiques nécessaires pour donner l'accès effectif à l'emploi et à l'évolution professionnelle. Si on innove un peu, parfois faciliter l'accès à un poste, une évolution ou l'accès à un emploi ne se résume pas à la nécessité d'actions positives directes (quota pour les personnes handicapées par exemple) mais à la nécessité d'initiatives plus ponctuelles, plus subtiles (financement de cours de langue, cours informatiques, transport plus rapide au travail, initiation à la culture d'entreprise, à la culture française). Il s'agirait, en guise d'aides à l'aménagement, de mettre en place des actions positives indirectes pour certains travailleurs plus éloignés de l'emploi, pour différentes raisons qui peuvent faire partie des catégories prises en compte par le droit de la non-discrimination en raison de leur origine, de leur résidence, de leur responsabilité parentale ou d'aidant, sans les stigmatiser pour autant. L'idée est de se concentrer sur les obstacles à l'inclusion et leurs effets communs à différents groupes de personnes sans cloisonner le bénéfice des droits à partir des caractéristiques de la personne, simplement en raison de leur présumée « inaptitude » à l'emploi⁽⁷⁾.

On peut constater que, même pour les travailleurs handicapés, le droit aux mesures appropriées est souvent conditionné à la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH), (même si la loi Plein Emploi assouplit l'accès aux droits sans ce statut), détournant le but même du modèle social de l'inclusion qui part d'une relation de travail handicapante⁽⁸⁾. Cette condition en France s'avère plus restrictive que la notion européenne de handicap sans liste de bénéficiaires, rappelée dans la jurisprudence issue de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, alors que

pour relever de l'une des catégories visées à l'article L. 5212-13 du code du travail (l'obligation d'emploi par quota de personnes handicapées), la personne en situation de handicap doit remplir des conditions spécifiques propres à chacun des dispositifs visés. Le droit européen définit le handicap comme une simple « limite qui fait obstacle à la pleine participation de la personne à la vie professionnelle »⁽⁹⁾. Il est alors utile de se tourner vers ce qui serait la nature singulière d'un droit individuel à l'inclusion ancré plutôt dans l'idée d'une créance liée à l'obligation de moyens renforcée de proposer des mesures appropriées pour surmonter les obstacles à l'emploi, qui est soumise au contrôle des juges.

2. Le droit individuel à l'inclusion opposable et l'obligation de moyens renforcée de proposer des mesures appropriées de bonne foi

Sur le plan individuel, l'inclusion professionnelle, tirée du prisme du droit du handicap, reprise en droit européen se traduit donc par un processus qui exige pour l'égalité de traitement au travail, de reconnaître les différences des personnes handicapées afin d'éliminer, dans la mesure du possible, les obstacles structurels à leur inclusion. Mais ce faisant, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) change plus de perspective dans les arrêts *Ring* et *Werge*⁽¹⁰⁾ et *Kaltoft*. En se basant sur le droit international et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (art. 1^{er})⁽¹¹⁾, la notion de handicap est élargie et inclut désormais, par exemple, un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation résultant d'atteintes physiques, mentales psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée. Cette vision valorise l'importance des aménagements de temps de travail comme moyen d'inclusion, qui peuvent intéresser les salariés qui sont en situation de handicap ou non⁽¹²⁾.

L'intérêt est de solliciter ici la richesse du droit des obligations qui, comme l'obligation de reclassement, permet de s'éloigner du registre de la victime de la discrimination pour se rapprocher de la façon dont l'inclusion pourrait faire l'objet d'une négociation à la fois sur les attentes plus précises du salarié, au-delà du médecin, et les mesures suffisantes et raisonnables de recherche d'emploi et de reclassement. Il faudrait que l'employeur puisse identifier les besoins concrets d'aménagement par rapport à un poste spécifique (parfois pas nécessaires), identifier les mesures appropriées, *in concreto* (liées aux fonctions essentielles à exercer tenant compte des capacités de la personne, son degré d'autonomie, son expérience, son niveau de formation au regard des exigences et contraintes inhérentes au poste de travail, à l'environnement du travail, et aux caractéristiques propres à l'entreprise - sa taille, ses ressources). L'analyse de cet équilibre n'est possible que si la personne en situation de handicap contribue à éclairer le médecin du travail et l'employeur. Le médecin du travail joue un rôle central dans l'identification et l'objectivation des besoins d'aménagements des travailleurs au titre de l'obligation de sécurité⁽¹³⁾. C'est la qualité des efforts de reclassement de bonne foi qui détermine alors le degré d'inclusion comme l'a rappelé la Cour de cassation en 2020 : « La cour d'appel, qui a constaté que l'employeur, nonobstant l'importance de ses effectifs et le nombre de ses métiers, ne justifiait pas d'études de postes ni de recherche d'aménagements du poste du salarié, et qu'il n'avait pas consulté le service d'appui au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés (SAMETH), bien qu'il y ait été invité à deux reprises par le salarié, a pu en déduire qu'il avait refusé de prendre les mesures appropriées pour permettre à ce dernier de conserver un emploi, ce dont il résultait que le licenciement constitutif d'une discrimination à raison d'un handicap était nul »⁽¹⁴⁾.

L'entreprise ne rapportait pas la preuve que les recherches, souvent par courriels stéréotypés, faites par une simple stagiaire, couvraient toutes les agences susceptibles d'être interrogées ou donnaient lieu à une exploitation sérieuse avec complément d'information auprès de ces interlocuteurs, notamment en justifiant d'études de poste ou de recherche d'aménagement de postes. Le droit des obligations est alors utile⁽¹⁵⁾ aux juges dans son appréciation de l'obligation de moyen renforcée : ce comportement peu scrupuleux et peu méthodique de l'employeur n'est pas non plus loyal car il ne permet pas de « retenir », selon la cour d'appel, « une réelle volonté de l'employeur de conserver le salarié parmi ses

effectifs ». La Cour de cassation, en évoquant la loyauté, n'hésite pas implicitement à rappeler que toute obligation, même de moyen, s'exécutant de bonne foi, suppose un devoir de loyauté et de coopération du contractant, autrement dit manifester l'intention et les actions qui matérialisent une « exécution utile et efficace ». C'est le processus d'inclusion, la qualité de l'exécution qui fait l'objet d'une appréciation par les juges et l'intérêt implicite est de considérer que c'est le cadre de la relation contractuelle qui est à l'origine des obstacles à l'inclusion et pas uniquement une inégalité de traitement fondée sur un critère discriminatoire qui renvoie le salarié à sa condition. C'est une façon de coconstruire et de prévenir l'exclusion des salariés en situation de handicap, certes à la lumière des conclusions du médecin du travail, mais seulement dans la mesure où le coût de cette mesure n'est pas prohibitif pour l'employeur.

Ainsi, la nature de l'obligation d'aménagement raisonnable tirée de l'article L. 5213-6 du code du travail apparaît comme un droit individuel à l'inclusion opposable à l'employeur pour les seuls travailleurs en situation de handicap qui tire son effectivité du pouvoir des juges de s'assurer, par l'exécution de bonne foi, des efforts raisonnables d'inclusion comme moyen de limiter les freins à l'accès et au maintien dans l'emploi ⁽¹⁶⁾.

Mais cette injonction de tenter d'inclure en fonction des besoins de certains salariés est-elle imputable à l'entreprise dans son ensemble, au-delà de la relation individuelle de travail qui implique un traitement au cas par cas ?

3. De la personne incluse à l'environnement inclusif : objectivation du risque d'exclusion opposable aux institutions ?

Fleurissent par-ci par-là certains discours qui affichent la nécessité d'une entreprise inclusive, d'une scolarisation inclusive ⁽¹⁷⁾, d'une société inclusive ⁽¹⁸⁾ ou même d'une écriture inclusive. Dans quelle mesure ce qualificatif associé à une entreprise, une institution ou une langue influence la production normative sur l'inclusion en visant directement ou indirectement une personne morale et sa responsabilité pour garantir que ses règles, ses pratiques, son environnement soient réellement inclusifs ? Quel contrôle possible des juges par l'appréciation concrète des effets des règles ou des environnements qui posent des risques objectifs d'exclusion ? Les exemples sont maigres pour l'instant mais deux contentieux en droit européen et en droit administratif qui visent des règles internes aux organisations suscitent la réflexion sur la volonté de saisir juridiquement la dimension plus collective de l'inclusion.

Deux exemples concrets permettent d'envisager certaines conséquences juridiques liées à un service ou une « personne morale inclusive ». Une illustration porte sur la discussion sur la différence entre l'adoption et la mise en oeuvre d'une règle de neutralité « exclusive » et « inclusive » produite par une institution telle qu'elle est développée dans la dernière affaire de voile au travail en Belgique suite à l'avis de l'avocat général Collins de la CJUE ⁽¹⁹⁾. Un autre litige porte sur l'annulation d'une décision sur l'écriture inclusive dans un service de langue de l'enseignement supérieur ⁽²⁰⁾.

Le contrôle juridictionnel de la neutralité exclusive ou inclusive

La première affaire porte sur une question préjudicielle, introduite par le tribunal du travail de Liège (Belgique), dans le cadre de l'interdiction de porter des signes religieux sur le lieu de travail émanant d'un employeur public, en l'occurrence une commune. C'est la première fois que la Cour était appelée à se prononcer sur la question de savoir si la nature et les spécificités du service public ainsi que le contexte propre à chacun des États membres impliquent d'adopter en l'espèce une solution différente que dans les précédentes affaires dans l'emploi privé. En l'espèce le 11 avril 2016, la plaignante, juriste de formation, avait été recrutée sous contrat à durée déterminée par la commune d'Ans (Belgique) en qualité d'agent contractuel et elle avait été promue au poste de chef de bureau en contrat à durée indéterminée. Elle avait pour mission de traiter les marchés publics de la commune et exerçait principalement ses fonctions sans être en contact avec le public, à savoir en « *back office* ».

Le travailleur dans cette commune est tenu au respect du principe de neutralité, ce qui implique qu'il s'abstienne de

toute forme de prosélytisme et qu'il lui est interdit d'arborer tout signe ostensible qui puisse révéler son appartenance idéologique ou philosophique ou ses convictions politiques ou religieuses. Cette règle s'impose à lui tant dans ses contacts avec le public que dans ses rapports avec sa hiérarchie et ses collègues. Mais selon la juridiction locale, il ressort, toutefois, de plusieurs photographies produites par la plaignante que le port de signes convictionnels discrets était toléré. L'agent exerçait principalement ses fonctions sans être en contact avec les usagers du service public.

Conformément au principe de laïcité à valeur constitutionnelle¹²¹, le principe de neutralité des agents dans les services publics n'étant pas en débat en France, cette question n'est pas celle qui nous intéresse ici. En revanche, dans le cadre des réflexions de l'avocat général sur la mise en oeuvre de la règle interne de neutralité, surgit la question de l'appréciation du caractère véritablement inclusif d'une norme de neutralité, voire celle d'un environnement : s'agissant de la règle en cause au principal, la juridiction de renvoi constate que celle-ci a une « portée collective », qu'elle vise tout signe convictionnel ostensible et que, en l'adoptant, la commune a fait le choix de la « neutralité exclusive ». Selon la Commission et en Belgique, l'avocat général explique qu'il existe des conceptions différentes, voire opposées, du principe de neutralité de l'État qui coexistent, à savoir, en substance, la « neutralité inclusive », la « neutralité exclusive » et des conceptions intermédiaires. La conception inclusive de la neutralité se fonde sur l'idée que l'apparence de l'agent public est à dissocier de la manière dont il assure le service public. Selon cette conception, c'est la neutralité des actes posés par l'agent, et non celle de son apparence, qui importe, de sorte qu'il ne peut lui être interdit de porter des signes de convictions notamment philosophiques ou religieuses. La conception exclusive de la neutralité, en revanche, repose sur le postulat que tant les actes posés par l'agent public que l'apparence de ce dernier doivent être strictement neutres. Selon cette conception, il doit être interdit à tout agent public d'arborer de tels signes au travail, quels que soient la nature de ses fonctions et le contexte dans lequel elles sont exercées. Des conceptions intermédiaires de la neutralité, se situant à mi-chemin entre les deux conceptions décrites ci-avant, existent également. Elles consistent, par exemple, à réserver une telle interdiction aux agents qui sont en contact direct avec le public ou à ceux qui exercent des fonctions d'autorité, par opposition à de simples fonctions d'exécution¹²².

La juridiction de renvoi estimait que cette règle constitue, en apparence, une discrimination indirecte fondée sur ces critères, en relevant notamment que, à moins de considérer que « la neutralité exclusive est un principe essentiel et évident de l'État de droit [en Belgique] et doit être respectée strictement par tous », la distinction produite n'apparaît pas justifiée par un but légitime, dès lors que la plaignante exerce principalement ses fonctions sans être en contact avec les usagers du service public¹²³. En outre, il semblerait que la commune pratique une neutralité « à géométrie variable », à savoir exclusive en ce qui concerne la plaignante et plus inclusive en ce qui concerne ses collègues ayant d'autres convictions philosophiques ou religieuses. En conséquence, la juridiction de renvoi a permis, à titre provisoire, à la plaignante de porter un signe convictionnel visible, sauf lorsqu'elle est en contact avec les usagers du service public ou lorsqu'elle exerce des fonctions d'autorité¹²⁴. La juridiction de renvoi s'est demandée si le fait d'imposer une neutralité « exclusive et absolue » à tous les agents d'un service public, même à ceux qui n'ont aucun contact direct avec les usagers du service public, constitue un objectif légitime et si les moyens utilisés pour réaliser cet objectif, à savoir l'interdiction du port de tout signe convictionnel, sont appropriés et nécessaires¹²⁵.

Dans le cadre du contrôle de la discrimination indirecte, c'est le raisonnement de l'avocat général sur la justification objective de l'application d'une neutralité exclusive qui était stimulante ainsi que son analyse du caractère nécessaire et approprié des moyens de mise en oeuvre de l'objectif légitime. En l'espèce, le choix de la neutralité exclusive serait un objectif légitime en présence du besoin véritable de l'employeur, en l'occurrence la commune qui doit le démontrer et ce afin de mettre en place un « espace administratif intégralement neutre » et pour l'avocat, un « besoin social impérieux » n'est « qu'une affirmation lapidaire et abstraite » qu'il faut compléter par une explication juridique sur l'interprétation du « concept ou principe de neutralité en droit national ». Par ailleurs, l'avocat suggérait de vérifier « si le choix de la commune d'appliquer une conception exclusive de la neutralité de l'État se justifie par des éléments d'ordre factuel » puisque certaines villes de Gand (Belgique) et de Malines (Belgique) autorisent, sans réserve, le port de signes de convictions notamment philosophiques ou religieuses par le personnel de leur administration sur le lieu de

travail. La commune peut refuser une telle solution, par exemple, en raison de l'existence éventuelle, sur son territoire, de vives tensions communautaires ou de graves problèmes sociaux ou, au sein de sa propre administration, d'actes de prosélytisme ou d'un risque concret de conflits entre agents liés à de telles convictions dont elle doit rapporter la preuve concrète et c'est à la juridiction de renvoi de juger de leur pertinence. Bref, l'appréciation de l'avocat général de la justification de la discrimination indirecte regardait les effets potentiellement néfastes ou favorables en termes d'inclusion de l'adoption du principe de neutralité « exclusive » en évoquant directement le risque de tensions communautaires, sociales et entre collègues. C'est une réflexion sur la nature de l'inclusion qui soupèse les risques objectifs d'exclusion dans un contexte collectif et dans un environnement donné au-delà d'une référence dans le cadre des arrêts, dans le secteur privé, de la justification de l'image de neutralité de l'entreprise. Sur le caractère approprié et nécessaire de la mise en oeuvre de la volonté de cette entité d'organiser un environnement administratif totalement neutre, l'avocat général avait suggéré que la commune devait démontrer que cette différence de traitement soit apte à assurer la bonne application de cette volonté de manière cohérente et systématique (la juridiction de renvoi nourrissant des doutes à ce sujet) et que cette interdiction soit limitée au « strict nécessaire » en envisageant « un juste équilibre entre les intérêts en présence », reprenant la considération des tensions locales. La Cour de justice a finalement suivi en partie ce mode de contrôle contextuel et variable de la neutralité en considérant « qu'une règle interne d'une administration communale interdisant, de façon générale et indifférenciée, aux membres du personnel de cette administration le port visible, sur le lieu de travail, de tout signe révélateur, notamment, des convictions philosophiques ou religieuses peut être justifiée par la volonté de ladite administration d'instaurer, compte tenu du contexte qui est le sien, un environnement administratif *totalement* neutre pour autant que cette règle soit apte, nécessaire et proportionnée au regard de ce contexte et compte tenu des différents droits et intérêts en présence ».

Il semble, que par le truchement d'un contrôle *in concreto* de la justification et de la proportionnalité de la règle de neutralité exclusive, l'appréciation judiciaire des risques indirects d'exclusion de personnes liés à leur conviction religieuse passe par une considération plus globale de cohésion sociale dans un certain environnement local qui dépasse la relation de travail en décrivant la qualité de la dynamique de groupes.

Le contrôle juridictionnel de l'écriture inclusive

La deuxième affaire concerne une décision du 11 mai 2023. À la différence du tribunal administratif de Paris ¹⁰(26), le tribunal administratif de Grenoble a annulé la délibération de l'université de Grenoble par laquelle les statuts du service des langues rédigés en écriture dite « inclusive » étaient approuvés ¹¹(27). L'intérêt de cette décision réside dans l'argumentation de la juridiction qui se situe plutôt sur la qualité de la norme et la capacité de la mettre en oeuvre et non la finalité ou la pertinence de l'écriture inclusive.

Le tribunal a fondé sa décision sur « la clarté et l'intelligibilité de la norme », lesquelles « constituent un objectif de valeur constitutionnelle auquel doivent satisfaire les actes administratifs » ¹²(28). La juridiction s'est fondée sur l'avis de l'Académie française contenu dans une déclaration du 26 octobre 2017, selon laquelle l'usage d'un tel mode rédactionnel a pour effet de rendre difficile la lecture des textes y ayant recours.

Les juges ont analysé deux extraits des statuts du service des langues de l'université rédigés en écriture dite « inclusive » et ont considéré qu'il y avait lieu d'annuler la délibération attaquée en ce qu'elle méconnaît l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme. Ils ont cependant limité la portée de l'interdiction du recours à l'écriture dite « inclusive » en la rapportant à « l'objet du texte », dont le « caractère technique » nécessite, selon la décision, sa « compréhensibilité immédiate » par le lecteur ¹³(29) : « Qu'aucune nécessité en rapport avec l'objet de ce texte [...] n'en justifie l'emploi ». Il existerait donc en conséquence, de manière hypothétique, des nécessités en rapport avec l'objet d'un texte qui justifieraient le recours à l'écriture « inclusive ». Il y a donc, en matière d'inclusion, une exigence de tenir compte du contexte de sa mise en oeuvre, de la nature de l'acte auquel elle se rapporte et *in fine* de l'appréciation fonctionnelle de son intérêt. Mais, le sens ou la pertinence de l'adoption de l'écriture inclusive dans un

service de langue ne sont pas évoqués⁽³⁰⁾. À la rigueur, le tribunal administratif de Grenoble, par le truchement de ce contrôle de clarté et d'intelligibilité de la forme de certaines normes techniques vis-à-vis du lecteur qui n'est pas identifié (étudiants, gestionnaires pédagogiques, professeurs ?), exonère le service de langues de sa responsabilité collective en termes d'inclusion.

Plus largement, ce renvoi à l'intelligibilité de la norme pose, au fond, une exigence d'accès au droit. Or la logique de l'inclusion est bien pour éliminer les obstacles à la participation des personnes dans différents champs dont l'accès à l'éducation et à la formation professionnelle. Enfin, de façon plus générale, ce principe d'intelligibilité semble ignorer « qu'il n'y a pas toujours obstacle à comprendre le sens d'une chose et il n'y a jamais révélation neutre, fidèle et complète de ce sens. Une chose est intelligible si son sens est perçu par l'activité intellectuelle humaine... Le sens d'une loi, pas plus que le sens d'un quelconque texte ne se donne à voir spontanément et entièrement »⁽³¹⁾.

À travers ces deux exemples, on peut relever que les juges n'ont pas vraiment un standard d'appréciation juridique propre à l'inclusion en cherchant une quelconque imputabilité de la personne morale en termes de responsabilité et empruntent soit aux modes de contrôle du droit de la non-discrimination dans le cas de la neutralité affichée des normes des institutions en droit européen, soit à la forme des actes dans le cadre de l'écriture inclusive. La seule tendance commune est de réfléchir dans les deux hypothèses aux conséquences de l'inclusion : les effets de la neutralité inclusive ou exclusive dans un environnement tendu et l'incidence de la forme du texte, selon son objet dans un service. Cela incite à réfléchir en creux aux contours de l'inclusion au regard des notions-clés du droit de la non-discrimination (discrimination directe, indirecte et action positive notamment) pour déterminer si un éventuel droit à l'inclusion enrichirait le corpus conceptuel déjà existant. En outre, au regard de son apport éventuel, il s'agit de questionner l'usage actuel du terme ou de sa logique implicite, dans les plus récentes normes législatives sur l'égalité et plans de lutte contre les discriminations, qui correspond à un réel élan novateur ou demeure cantonné au registre du discours.

B - Droit à l'inclusion et non-discrimination : une articulation possible ou limitée ?

Afin de penser le droit à l'inclusion, au-delà de son fondement ou de sa nature, il faut envisager son articulation dans le paysage des règles de la non-discrimination. Il faut mesurer en quoi un renvoi à l'inclusion, comme cadre d'appréciation de l'inégalité de traitement, autrement dit, éliminer ou limiter les obstacles à la pleine participation des personnes dans différents environnements (emploi, logement, éducation...) ressemble ou se singularise des notions plus familières de discrimination directe et indirecte, d'action positive ou de harcèlement discriminatoire. C'est seulement après cette mise en perspective des particularités du droit à l'inclusion qu'il sera possible d'en rechercher sa traduction dans certaines normes nationales récentes comme la loi sur l'accélération de l'égalité économique et professionnelle de 2021⁽³²⁾ ou certains plans nationaux ou européens de lutte contre les discriminations.

1. Droit à l'inclusion : semblable et différent des concepts de non-discrimination

La discrimination directe suppose une situation dans laquelle sur le fondement (d'un critère) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été dans une situation comparable⁽³³⁾. Il existe donc deux caractéristiques de la discrimination : elle se fonde sur un critère prohibé et elle suppose une comparaison de personnes en situation comparable. Le droit à l'inclusion qui trouve sa genèse dans le droit du handicap ne néglige pas le cadre conceptuel de l'exclusion d'une personne mais sans forcément partir d'une comparaison. La discrimination fondée sur le handicap qui exige l'aménagement raisonnable comme modèle, est asymétrique : elle naît, au-delà d'une différence de traitement avec d'autres, de ce qui empêche, en l'occurrence le travailleur d'accéder au poste, d'évoluer professionnellement, peu importe la situation des autres collègues qui peuvent ou non avoir le même ou aucun handicap. C'est si vrai qu'il n'y a pas, en matière de discrimination fondée sur le handicap, de discrimination à rebours :

l'intérêt de mobiliser le critère existe mais davantage pour recueillir, du point de vue du travailleur ¹⁰(34), la façon dont des solutions d'aménagement permettent de réduire ou limiter la source de la discrimination. Au lieu de se focaliser sur le préjudice lié à la différence de traitement fondée sur le critère pour la sanctionner et la supprimer, l'obligation d'aménagement raisonnable part de la relation de travail pour repenser la différence de traitement à la source de la discrimination, sous réserve d'un coût non disproportionné pour l'employeur.

La discrimination indirecte constitue une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs prohibés, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ¹⁰(35).

Comme la discrimination indirecte, le refus d'un possible droit à l'inclusion peut se traduire par un désavantage particulier lié à une règle, une disposition ou une pratique qui peut être neutre en apparence et qui affecte la relation de travail : un horaire de travail, une règle de neutralité qui ignore un obstacle à l'emploi, une contrainte non essentielle dans l'exécution du travail qui empêche l'accès à l'emploi ou l'évolution du travail sans justification objective et proportionnée. Le caractère raisonnable des mesures appropriées, notamment en droit du handicap ¹⁰(36), fait écho à la possibilité d'une justification de la discrimination indirecte et le caractère proportionné des moyens mis en oeuvre dans ce cadre. La différence éventuelle entre le droit à l'inclusion et l'interdiction de la discrimination indirecte réside dans l'absence d'obligation de faire explicite prévue dans le texte pour remédier aux discriminations indirectes, une fois découvertes : certes le diagnostic objectif est le même puisque le désavantage naît d'un effet discriminatoire mais l'élimination nécessaire d'un frein à la pleine participation au travail, par exemple, ne donne pas lieu automatiquement à une obligation positive : elle peut se limiter à retirer la règle, la disposition ou la pratique qui produit la discrimination indirecte alors que l'obligation d'aménagement raisonnable peut induire une solution, une alternative, la proposition d'une solution pour remplacer l'obstacle à l'inclusion.

L'action positive « autorise, par exception, le recours à un critère discriminatoire pour identifier les bénéficiaires d'un avantage. Les mesures sont variables et ne se réduisent pas aux seuls quotas » ¹⁰(37). En cela, le droit à l'inclusion reconnaît aussi des bénéficiaires et propose des actions qualitatives mais il ne constitue pas une exception à la non-discrimination. Au contraire, le droit à l'aménagement raisonnable fait partie intégrante de la non-discrimination pour certains critères pour l'instant (celui du handicap) et n'est pas un traitement préférentiel qui pose le risque du stigmat. Le droit à l'inclusion, comme l'action positive, postule un droit à la participation des personnes à l'emploi mais l'action positive promeut souvent la représentation ¹⁰(38) alors que le droit à l'inclusion, par sa dimension fortement contractualisée, au cas par cas, véhicule l'apport plus singulier d'un ajustement de la qualité des relations de travail, grâce à une co-construction des parties elles-mêmes.

Enfin, le harcèlement discriminatoire ¹⁰(39) semble se rapprocher le plus du droit à l'inclusion lorsque l'environnement au travail génère des obstacles à la pleine participation des travailleurs à leur emploi par l'inaction de l'employeur face aux atteintes à la dignité de la personne au sein d'une communauté de travail ¹⁰(40). Selon l'article 1^{er} de la loi de 2008, la discrimination inclut « tout agissement lié à l'un des motifs [...], sub[i] 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 ». C'est l'environnement des collègues, du lieu de travail (photos dans les vestiaires, culture d'entreprise) qui peut être hostile et empêcher l'accès, l'évolution et l'épanouissement du travailleur en violation de l'obligation de sécurité qui incombe à l'employeur. Dans cette perspective, le droit à l'inclusion peut dériver d'une prévention des risques objectifs de harcèlement discriminatoire ¹⁰(41).

En somme, si l'on imagine un droit à l'inclusion en gestation, il emprunte à toutes les notions liées à la non-discrimination. Cependant, dans l'absolu, si on s'éloigne du droit positif du handicap, le droit à l'inclusion peut ne pas forcément viser un groupe en particulier. Si l'on considère que l'objectif est la mise en oeuvre d'un processus qui retire

des freins à l'inclusion pour plusieurs groupes, il peut toucher des relations de travail au-delà des caractéristiques des personnes. Mais peut-on considérer que les derniers lois et plans pour l'égalité adoptent cette démarche plus transversale de l'inclusion ?

2. Droit à l'inclusion : peut-on dépasser une vision des obstacles à l'inclusion selon les groupes concernés ?

Le droit du handicap a été beaucoup mentionné comme modèle de construction d'un droit à l'inclusion mais la dernière loi Rixain sur l'accélération de l'égalité économique et professionnelle (42) semble emprunter la même dynamique d'identification des freins à l'égalité femmes-hommes. La loi de 2021 semble vouloir franchir une nouvelle étape dans la conception de l'égalité femmes-hommes comme le résultat d'une dynamique d'inclusion (43). Fidèle à une approche intégrée de l'égalité des sexes (*gender mainstreaming*), issue du droit européen, qui couvre différentes sphères de la vie personnelle, économique et professionnelle, la loi s'attaque à la nature diversifiée des obstacles à la pleine et égale participation et représentation des sexes dans les sphères du pouvoir dans l'entreprise (44), celles de l'argent (45), de la formation initiale (46) et supérieure (47), de l'emploi (48) et de l'entrepreneuriat (49). Le texte cherche également une accélération dans l'accès effectif aux droits, notamment pour le télétravail des salariées enceintes et à travers des exigences accrues de transparence et de progression en matière d'égalité salariale (50).

L'idée de promouvoir l'accélération de l'égalité comme processus effectif au lieu de se cantonner à reconnaître le principe et la mise en oeuvre de l'égalité réelle (51) est un changement de paradigme. Cependant, cette initiative est réservée à la non-discrimination entre les femmes et les hommes et non aux obstacles à la participation à l'emploi et à l'évolution professionnelle des membres des autres groupes subissant des discriminations.

Au niveau national et européen, les plans d'action contre le racisme, l'antitsiganisme, l'antisémitisme ou pour l'inclusion des Roms tendent à prévoir des mesures transversales d'inclusion mais toujours selon les groupes en question (52). Selon le plan de lutte contre le racisme, la logique de l'inclusion est à l'oeuvre : « Les comportements racistes et discriminatoires peuvent être ancrés dans les institutions sociales, financières et politiques et se répercuter sur les leviers du pouvoir et sur l'élaboration des politiques. Ce racisme structurel perpétue les obstacles que rencontrent les citoyens du seul fait de leur origine raciale ou ethnique. Chaque jour, les personnes touchées par le racisme en ressentent les effets sur leur accès à l'emploi, aux soins de santé, au logement, au financement ou à l'éducation, ainsi que sous forme de violences » (53). L'intérêt de choisir l'inclusion comme objectif ou comme droit serait plutôt d'éviter de développer des politiques selon le groupe désavantagé (54) et de regrouper les obstacles communs à la pleine participation des personnes au travail au-delà de leur appartenance à un groupe donné (55). Aménagement du temps de travail, promotion salariale, identification du plafond de verre, conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale sont des obstacles communs aux travailleurs mais qui nécessitent de partir de leurs difficultés partagées pour les accompagner (56). L'effectivité de ce suivi passe peut-être aussi par la pratique de *testing* statistique pour révéler les situations discriminatoires collectives et fixer des objectifs de correction mais la proposition de loi, s'agissant du *testing* individuel, ne semble pas assez clair et sécurisé dans la proposition de loi récente n° 209 visant à lutter contre les discriminations (57).

Conclusion

Si on recherche l'inclusion, est-il présumé que l'égalité n'est pas suffisante (58) ou que les expériences des discriminations sont mal comprises (59) ? Les directives conciliation (vie professionnelle et vie privée) et sur la transparence salariale, les deux propositions de directive sur les organes de mise en oeuvre de l'égalité semblent s'orienter vers des entraves à l'inclusion parfois communes à plusieurs groupes, qui sont davantage des risques objectifs d'inégalités en termes de procédure inéquitable (60) (directive sur les organes d'égalité) (61), de parentalité (directive conciliation) (62) et de manque de transparence ou d'anticipation (directive sur la transparence et l'égalité salariale) (63). L'avenir nous dira si, avec l'avènement des discriminations algorithmiques plus subtiles et moins

apparentes, il faudra impérativement former l'ensemble du personnel et les cadres à la détection des obstacles digitaux à l'inclusion (64), grâce à la maîtrise plus large de l'intelligence artificielle à chaque poste (65).

Mots clés :

DROITS ET LIBERTES * Droit à l'Inclusion * Intégration * Non discrimination

- (1) La première partie a été publiée dans Dr. soc. 2023. 1001.
- (2) V. CIDPH, www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities.
- (3) V. L'accès au droit du travail : perturbations et turbulences contemporaines, colloque AFDT, Nice, 22 et 23 sept. 2023.
- (4) A. Revillard, Des droits vulnérables : handicap, action publique et changement social, Presses de Sciences Po, 2020. 10 ; v. aussi A. Lawson et M. Priestley, *Potential, principle and pragmatism in concurrent multinational monitoring : disability rights in the European Union*, The International Journal of Human Rights, n° 17, 2013. 739.
- (5) V. C. trav., art. L. 5213-10.
- (6) Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC.
- (7) Sans revenir à l'obligation de reclassement qui part de l'inaptitude physique en raison de l'état de santé, C. trav., art. L. 4624-4.
- (8) V. C. trav., art. L. 5212-13. Projet de loi n° 181, Pour le Plein Emploi, validé partiellement CC 2023-858 DC du 14 déc. 2023.
- (9) V. CJUE, 9 mars 2017, aff. C-406/15, *Milkova*, § 36 : la notion de « handicap », au sens de la directive n° 2000/78/CE, doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, D. 2017. 1644, note A. Boujeka ; RTD eur. 2018. 454, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 467, obs. F. Benoît-Rohmer - CJUE, 1^{er} déc. 2016, aff. C-395/15, *Daouidi*, pt 42.
- (10) CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et C-337/11, *Ring et Werge*, RTD eur. 2015. 175, obs. F. Benoît-Rohmer.
- (11) www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx

(12) *Ring et Werge*, préc.

(13) Il s'agit d'une obligation de moyens renforcée depuis 2015 et plus d'une obligation de résultat : Soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444 [🔗](#), Bull. civ. V, n° 234 ; D. 2015. 2507 [📖](#) ; *ibid.* 2016. 144, chron. P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier [📖](#) ; *ibid.* 807, obs. P. Lokiec et J. Porta [📖](#) ; Dr. soc. 2016. 457, étude P.-H. Antonmattei [📖](#).

(14) Soc., 3 juin 2020, n° 18-21.993 [🔗](#), publié au Bulletin ; D. 2020. 1233 [📖](#) ; JA 2021, n° 637, p. 39, étude P. Fadeuilhe [📖](#) ; RDT 2020. 544, obs. M. Mercat-Bruns [📖](#).

(15) C. civ., art. 1104 [📖](#) sur le contrat et l'exécution de bonne foi.

(16) Ce contrôle s'articule avec l'obligation de reclassement de l'article L. 1226-10 du code du travail dans le cadre d'accident du travail ou maladie professionnelle ou accident et maladie non professionnel (C. trav., art. L. 1226-2 [📖](#) ; en cas de maladie et d'accident, il est intéressant que la loi évoque la prévention par des actions de désinsertion professionnelle, C. trav., art. L. 1226-1-3 [📖](#), suite à la loi n° 2021-1018 du 2 août 2021).

(17) V. C. éduc., art. L. 111-1 [📖](#).

(18) La référence à la loi sur l'adaptation de la société au vieillissement de 2015, L. n° 2015-1776 du 28 déc. 2015 d'adaptation de la société au vieillissement, v. M. Mercat-Bruns, C. Bourdaire-Mignot, T. Gründler, Vieillesse et inclusion : entre ambivalence du discours normatif et discriminations, *Retraite et Société* n° 88, 2022. 17.

(19) CJUE, 28 nov. 2023, aff. C-148/22 [🔗](#), *OP c/ Ans (Cne)*, AJDA 2023. 2198 [📖](#) ; D. 2023. 2138 [📖](#) ; Concl. av. gén. A. M. Collins, 4 mai 2023, sur aff. C-148/22.

(20) TA Grenoble, 11 mai 2023, n° 2005367 [🔗](#), AJDA 2023. 918 [📖](#) ; *ibid.* 1057 [📖](#), concl. P. Journé [📖](#). V. aussi une proposition de loi du 31 janvier 2023 sur l'interdiction de l'écriture dite « inclusive » dans les éditions, productions et publications scolaires et universitaires ainsi que dans les actes civils, administratifs et commerciaux qui a été retirée le 12 octobre 2023.





(21) Const. 1946, Préambule, art. 1^{er}.





(22) CJUE, 4 mai 2023, aff. C-148/22, concl. A. M. Collins, § 66.





(23) *Ibid.*, § 26.


(24) *Ibid.*

(25) CJUE, 4 mai 2023, aff. C-148/22, concl. A. M. Collins, § 27.


(26) Les juges du tribunal administratif de Paris, dans un litige qui ne portait pas sur un acte administratif mais sur la rédaction d'une plaque commémorative, considèrent que rien n'établirait que l'écriture « inclusive » ne serait pas du français, TA Paris, 14 mars 2023, n° 2206681  , AJDA 2023. 951  , concl. V. Mazeau  ; AJCT 2023. 426, obs. O. Bui-Xuan .

(27) TA Grenoble, 11 mai 2023, n° 2005367  , préc., AJDA 2023. 918  ; *ibid.* 1057  , concl. P. Journée .

(28) Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC  , D. 2017. 2501, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire  ; Constitutions 2017. 234, chron. P. Bachschmidt  ; *ibid.* 291, chron. B. Mathieu .

(29) D. actu. 26 mai 2023, comm. J.-M. de Poulpiquet sur TA Grenoble, 11 mai 2023, n° 2005367  , préc.

(30) C'est le registre de la réalisation du droit : R. Medard Inghilterra, La réalisation du droit de la non-discrimination, LGDJ, 2022. 18.


(31) M.-A. Frison Roche et W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D. 2000. 361 .

(32) L. n° 2021-1774, 24 déc. 2021, visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle (loi Rixain).

(33) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire, art. 1^{er}.

(34) C. Sheppard, *Discrimination Stories : Exclusion, Law and Everyday Life*, Irwin Law, 2021. 45.


(35) *Ibid.*

(36) C. trav., art. L. 5213-6 .

(37) M. Sweeney, Action positive, in D. Tharaud et C. Boyer-Capelle, Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, L'Harmattan, 2021. 20.

(38) D. Tharaud, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, PUAM, 2013. 31.



(39) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 1^{er}.


(40) M. Mercat-Bruns, Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention, Dr. soc. 2017. 361 .


(41) *Ibid.*

(42) Loi Rixain. Emergent aussi des initiatives législatives pour prévoir à terme des objectifs de correction des situations discriminatoires collectives dans les entreprises notamment par le *testing*. Cependant le service encadrant dépendrait du Premier ministre, v. la proposition de loi n° 209 visant à lutter contre les discriminations par la pratique de tests individuels et statistiques, adoptée en première lecture (procédure accélérée) par l'Assemblée nationale le 6 déc. 2023.


(43) M. Mercat-Bruns, L'égalité au service d'un droit de l'inclusion ? À propos de la loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 sur l'accélération économique et professionnelle, JCP 2022. 159 ; de la même façon, il faudra, si le texte est adopté, analyser, en termes d'inclusion, la proposition de loi n° 1494 visant à lutter contre les discriminations par la pratique de tests individuels et statistiques qui cherche à prévoir un service oeuvrant à la connaissance, la prévention et la correction des situations de discrimination (mais sous l'autorité du Premier ministre).

(44) C. trav., art. L. 1142-11  : dans les entreprises qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient au moins 1 000 salariés, l'employeur publie chaque année les écarts éventuels de représentation entre les femmes et les hommes parmi les cadres dirigeants au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail, d'une part, et les membres des instances dirigeantes définies à l'article L. 23-12-1 du code de commerce ; C. trav., art. L. 1142-12  : dans les entreprises qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient au moins 1 000 salariés, lorsque l'entreprise ne se conforme pas à l'obligation prévue au dernier alinéa de l'article L. 1142-11, elle dispose d'un délai de deux ans pour se mettre en conformité. L'entreprise doit, au bout d'un an, publier des objectifs de progression et les mesures de correction retenues, selon des modalités définies par décret. À l'expiration de ce délai, si les résultats obtenus sont toujours en deçà du taux fixé, l'employeur peut se voir appliquer une pénalité financière.


(45) L'article 1^{er} de la loi prévoit qu'à compter du 27 décembre 2022, lorsque le salaire est payé par virement à un compte bancaire ou postal, cela devra obligatoirement avoir lieu sur un compte dont le salarié concerné est le titulaire ou le cotitulaire. En outre, le salarié ne pourra plus désigner un tiers pour recevoir son salaire (C. trav., art. L. 3241-1 , al. 1^{er} et 4, modifié).

(46) Le premier frein à l'égalité professionnelle, visée dans la loi, se niche dans les stéréotypes de genre des conseillers d'orientation à l'école qui devront suivre des formations sur l'égalité entre les femmes et les hommes, de sensibilisation à la question des stéréotypes et sur la prévention de ces biais (C. éduc., art. L 313-1 .

(47) La réduction des freins à l'égalité dans l'enseignement supérieur : pour limiter les stéréotypes de genre dans l'enseignement supérieur et diversifier le vivier des futurs candidats à l'emploi qualifié, est inséré un article L. 401-2-2 du code de l'éducation selon lequel les établissements d'enseignement scolaire dispensant une formation d'enseignement supérieur rendent publiques des statistiques comportant des indicateurs permettant de mesurer la répartition par sexe des élèves dans les classes préparatoires aux grandes écoles.

(48) La nouvelle loi prévoit, pour les bénéficiaires du congé parental, des actions de formation, pendant une période de deux ans, qui débute un an avant l'expiration de leurs droits (CSS, art. L. 531-4-1 )

(49) L'article 16 de la loi prévoit que la Banque publique d'investissement (Bpifrance) doit introduire des mécanismes paritaires dans la composition de ses comités d'investissement (1^{er} mars 2022, 30 %, et 40 % au 1^{er} mars 2026) et désormais apporter son soutien aux entreprises engagées en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (Ord. n° 2005-722, 29 juin 2005, art. 1 A, al. 11 modifié). C'est un levier pour favoriser l'égalité en s'inspirant du concept « d'éga-conditionnalité » développé par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE). Par ailleurs, la BPI doit se fixer des objectifs de progression pour parvenir à une représentation équilibrée des femmes et des hommes bénéficiant des actions en faveur de l'entrepreneuriat, du développement des entreprises en flux entrants de financement et de l'accès aux prêts. Cela est cardinal pour réduire les obstacles à l'entrepreneuriat féminin qui peine à décoller dans certains secteurs en raison des stéréotypes de genre. Selon l'Insee, en 2018, 35 % des entreprises créées sont dirigées par des femmes avec l'essor des micro-entreprises.

(50) La loi renforce les obligations de transparence de l'index de l'égalité entre les femmes et les hommes (Décr. n° 2019-15, 8 janv. 2019, portant application des dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise) en exigeant plusieurs formes de publication, gage d'un suivi de la situation de l'entreprise. Les employeurs d'au moins 50 salariés doivent rendre public l'ensemble des indicateurs constitutifs de l'index sur le site internet du ministère du Travail dans des conditions déterminées par décret (C. trav., art. L.1142-8 , modifié).

(51) L. n° 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.


(52) V. Plan français : www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/fr/plan-national-de-lutte-contre-le-racisme-l-antisemitisme-et-les-discriminations-liees-l-origine-2023-89325 ; communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une Union de l'égalité : plan d'action de l'UE contre le racisme 2020-2025, COM(2020) 565 final.

(53) Plan d'action de l'UE contre le racisme, préc. ; v. aussi la directive (UE) 2022/2381 du parlement européen et du conseil du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées.

(54) C. Sheppard, *Inclusive equality : the relational dimensions of systemic discrimination in Canada*, McGill-Queen's University Press, 2010. 135.


(55) S. Sturm, *The Architecture of Inclusion : Advancing Workplace Equity in Higher Education*, Harvard Journal of Law and Gender, vol. 29, n° 2, 2006. 247.

(56) V., M. Mercat-Bruns, *Le droit de la non-discrimination : de l'égalité à l'inclusion*, SLC, sous presse (sortie janv. 2024).

(57) Proposition de loi n° 209 visant à lutter contre les discriminations par la pratique de tests individuels et statistiques, initialement du 4 juill. 2023 n° 1494, désormais devant le Sénat ; M. Mercat-Bruns, *Du test à la texture des cheveux : deux propositions de loi potentiellement révélatrices des discriminations fondées sur l'origine ?*, RDT 2023. 774 .

(58) D. Cuypers et J. Vrieling (dir.), Introduction, in D. Cuypers et J. Vrieling (dir.), *Equal is not enough*, Intersentia, 2016. 3 ; E. Boussard-Verrecchia, *La discrimination systémique, ligne émergente dans le contentieux en France*, in M. Mercat-Bruns (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit : action de groupe et discrimination systémique ; algorithmes et préjugés ; réseaux sociaux et harcèlement*, SLC, 2020. 38.

(59) P. Rosenvallon, *Les épreuves de la vie : comprendre autrement les Français*, Seuil, 2021. 89.

(60) N. Moizard, *L'accès à la preuve de la discrimination en matière civile : la position du Défenseur des droits*, RDT 2022. 584 .

(61) Il existe deux propositions dont celle de directive du Conseil relative aux normes applicables aux organismes pour l'égalité de traitement dans les domaines de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, de l'égalité de traitement entre les personnes en matière d'emploi et de travail sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle et de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en matière de sécurité sociale ainsi que dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, et supprimant l'article 13 de la directive n° 2000/43/CE et l'article 12 de la directive n° 2004/113/CE.

(62) Dir. UE n° 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil, 20 juin 2019, concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil.

(63) Dir. UE n° 2023/970 du Parlement européen et du Conseil, 10 mai 2023, visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit.

(64) Notamment les algorithmes appliqués au recrutement et à l'évolution professionnelle, v. H. Clouet et J.-M. Pillon, *Forcer le destin : le travail d'appariement dans les services publics de l'emploi français et allemand*, in M. Simioni et P. Steiner, *Comment ça matche : une sociologie de l'appariement*, Presses de Sciences Po, 2022. 251.

(65) J. Tamayo, L. Doumi, S. Goel, O. Kovacs-Ondrejko et R. Sadun, *Reskilling in the Age of AI*, Harvard Business Review, sept.-oct. 2023. 56 ; v. le Conseil, la Commission et le Parlement européens ont trouvé un accord sur l'AI Act, le projet de règlement sur l'intelligence artificielle qui évoque les algorithmes et le respect des droits fondamentaux, 8 déc. 2023.

Copyright 2024 - Dalloz – Tous droits réservés