

L'ère économique et sociale du droit de la non-discrimination

*Delphine THARAUD
Maîtresse de conférences HDR en droit privé
Université de Limoges – OMIJ*

Le 24 février dernier, la CJUE a rendu l'arrêt *TGSS* concernant la législation espagnole sur les prestations de chômage¹. Elle y a estimé que l'exclusion du système de cotisation, et par conséquent d'indemnisation, des employés de maison relève d'une discrimination indirecte. En effet, en accord avec la définition de ce type de discrimination, la mise à l'écart se fait en apparence de manière neutre puisqu'aucun sexe en particulier n'est visé. Cependant, elle s'opère en réalité sur une profession essentiellement exercée par des femmes². Dès lors, elle crée pour ces dernières un désavantage particulier démontré par des statistiques reproduites dans l'arrêt³. Cette exclusion ne peut être considérée comme pertinente puisque d'autres métiers présentant les mêmes caractéristiques (travail à domicile, employeur non professionnel) et moins exercés par des femmes (c'est nous qui soulignons) ne font pas l'objet d'une telle exclusion⁴.

Même si la reconnaissance d'une discrimination indirecte est intéressante⁵, l'apport véritable de cet arrêt est d'envisager les conséquences de la différence de traitement. Or, celles-ci sont économiques et sociales : la discrimination entraîne une « détresse sociale⁶ » pour les victimes qui, exclues de la prestation de chômage, sont également privées d'autres aides sociales qui lui sont reliées. Cette notion inédite de détresse sociale fait écho à d'autres expressions elles aussi apparues récemment en droits européen et interne pour mettre en lumière le cadre économique et social des discriminations, comme la vulnérabilité sociale ou la vulnérabilité économique. Cet arrêt n'est donc qu'une illustration d'un phénomène général dont il importe de comprendre les contours.

Cette influence des questions sociales et économiques sur le droit de la non-discrimination est mise en lumière par différents marqueurs (I). Elle ne doit pas passer pour anodine car elle produit des effets notables comportant des bénéfices mais également des risques (II).

I. Les marqueurs de l'évolution sociale et économique du droit de la non-discrimination

En droit interne, l'indice le plus important de cette évolution est l'introduction d'un nouveau motif de discrimination dans les listes principales⁷ qui exposent les critères faisant l'objet d'une répression : la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou

¹ CJUE, 24 février 2022, *TGSS*, C-389/20.

² Elles représentent plus de 95% des membres de la profession.

³ Pts 45 et 46 de l'arrêt.

⁴ La Cour cite les jardiniers ou encore les chauffeurs privés.

⁵ D'autres arrêts l'ont déjà fait, notamment en ce qui concerne la situation de travail à temps partiel, parmi d'autres : CJUE, 8 mai 2019, *Praxair*, C-486/18.

⁶ L'expression est déjà apparue dans un autre arrêt récent, mais uniquement en raison de la rédaction de la question préjudicielle reprenant la rédaction du droit national (CJUE, 10 juin 2021, *Land Oberösterreich*, C-94/20).

⁷ Art. 225-1 C. pén. ; art. L. 1132-1 C. trav. ; art. 1, Loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

connue de l'auteur⁸. Cette affirmation vient sceller la dynamique de prise en compte des aspects économiques et sociaux amorcée par la découverte peu de temps auparavant du motif du lieu de résidence⁹. Fait notable, ces deux motifs sont explicitement assortis de la possibilité de discriminations positives dans le cadre des relations de travail¹⁰.

En droit européen, c'est l'analyse des marqueurs sociaux et économiques des décisions étatiques qui est prépondérante. Du côté strasbourgeois, la CEDH est aidée par le droit au respect des biens contenu à l'article 1 PA1 qui constitue le support de nombre d'arrêts portant sur des prestations sociales discriminatoires¹¹. Cependant, certaines allocations peuvent induire l'application du droit au respect de la vie privée¹², ce qui vient renforcer la coloration sociale de l'article 8. Surtout, au-delà des questions de choix dans les droits garantis, la Cour développe une jurisprudence étoffée ces dernières années sur les conséquences économiques et sociales de dispositifs étatiques, particulièrement lorsque la catégorie de personnes visée éprouve déjà des difficultés. La CEDH utilise alors la notion de vulnérabilité, et parfois la particulière vulnérabilité, qu'elle socialise. Si l'analyse peut passer par l'idée d'autonomie sociale comme pour les personnes en situation de handicap¹³, elle emprunte une allure plus directement économique lorsque la Cour s'intéresse aux Roms, « minorité défavorisée¹⁴ », ou aux personnes pratiquant la mendicité pour survivre¹⁵. La détresse sociale vient parfaitement compléter ce mouvement et le fait que sa découverte soit effectuée par la CJUE dans un contexte de discrimination indirecte démontre l'immixtion grandissante de cette analyse économique et sociale.

La fragilité économique des citoyens devient ainsi le prisme par lequel les limites de l'action étatique sont définies dans le champ des discriminations : la législation nationale doit protéger les plus faibles et elle ne doit pas aboutir à un affaiblissement social ou économique de certains.

II. L'analyse bénéfiques/risques de l'évolution économique et sociale du droit de la non-discrimination

Un premier bénéfice est évident : celui d'une meilleure protection des individus par la prise en compte de leurs conditions de vie et des aspects économiques et sociaux de la qualité de cette dernière.

Elle devrait naturellement se poursuivre par une analyse de plus en plus fine, d'autant plus que l'étude des rapports entre discrimination et situation économique et sociale s'avère primordiale dans un contexte fortement perturbé par des crises sanitaires, de sécurité ou climatique dont on sait, sans toutefois pouvoir mesurer aujourd'hui, les effets délétères en matière d'inégalités. Elle doit logiquement conduire à s'interroger sur les dynamiques économiques dans les rapports sociaux, par exemple au sein du couple. La question de l'emprise économique dans le couple avec un mode de construction conduisant les femmes à quémander l'argent et menaçant leur liberté personnelle (compte joint avec une seule carte bancaire, revenus moindres liés au temps partiel et aux inégalités de salaire...), le refus de déconjugaliser l'allocation adulte handicapé en laissant ainsi la personne à la merci financière de son conjoint sont autant de points cruciaux

⁸ Loi du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de précarité sociale.

⁹ Loi du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine.

¹⁰ Art. L. 1133-5 et L. 1133-6 C. trav.

¹¹ Parmi d'autres : CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n°17371/90.

¹² CEDH, 20 octobre 2020, *B. c. Suisse*, n°78630/12 concernant l'appréciation genrée des prestations ; CEDH, 8 février 2022, *Jivan c. Roumanie*, n°62250/19 concernant la question du handicap.

¹³ Sur cette question : D. Tharaud, « Plaidoyer pour un meilleur accueil par la Cour européenne des droits de l'homme des requêtes fondées sur le défaut d'accessibilité », *Revue Europe des Droits et Libertés*, 2021/2, p. 185.

¹⁴ CEDH, 14 mai 2020, *Hirtu c. France*, n°24720/13.

¹⁵ CEDH, 19 janvier 2021, *Lacatus c. Suisse*, n°14065/1

pour comprendre que la situation économique influe sur l'accès aux droits de chacun et limite les personnes affectées dans leurs choix de vie.

C'est précisément ici que se dessine un risque important. La prise en compte des éléments sociaux et économiques est essentielle pour lutter efficacement contre les discriminations. Cependant, s'arrêter à cette seule analyse conduirait à un déclasserment de la non-discrimination. En effet, sa transformation en droit uniquement social lui ferait courir le risque de subir la protection limitée connue pour les droits de l'Homme économiques et sociaux : plus large marge d'appréciation des États¹⁶, caractère programmatoire¹⁷ ou soumission aux aléas budgétaires¹⁸. Les obstacles économiques et sociaux ne doivent être compris que comme des traces des discriminations existantes qui viennent heurter la garantie effective des droits et libertés. L'analyse économique et sociale est une grille d'analyse indispensable et dont l'affirmation récente est bienvenue, mais elle ne doit pas être un but en soi.

Ce schéma de pensée constitue la condition de l'amélioration de la garantie offerte par le droit de la non-discrimination et, partant, de l'accès universel aux droits et libertés. Comprise comme telle, l'ère économique et sociale du droit de la non-discrimination permet de réaffirmer la nature première de celui-ci : nourricier des autres droits et garant de leur effectivité en permettant à tous une égalité liberté dans les choix de vie à opérer.

¹⁶CJUE, 24 février 2022, *TGSS*, préc., pt 52.

¹⁷ Sur cette question : C. Roulhac, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *LRDH* 2014, n°5

¹⁸ CEDH (Déc.), 8 octobre 2013, *Da Conceição Mateus c. Portugal et Santos Januario c. Portugal*, n° 62235/12.