

## **Discrimination : la mesure de la démesure**

La discrimination impose aux juristes de mesurer la situation d'une personne ou d'un groupe de personnes les unes par rapport aux autres. Parler de mesurer c'est aussi distinguer puisque l'on est tenu de comparer une personne ou un groupe par rapport à d'autres. Dès que l'on mesure non seulement on distingue mais on mesure par rapport à des indicateurs. Sans regard critique sur les indicateurs, on peut être amené à produire de l'idéologie à partir d'indicateurs en apparence scientifiques. Si l'on s'en tient à l'indicateur fruit on peut comparer différents fruits entre eux. Si l'on s'en tient à l'appréciation gustative, le langage populaire dit « on ne peut comparer les pommes et les poires ». Aux Antilles, sur les marchés, les vendeurs de fruits et légumes se refusent à vendre au kilo ; ils vendent au « tas ». Le tas prend en compte l'indicateur qualité et non au poids. Si un tas n'est composé que de fruits excellents, il est normal qu'il soit plus cher qu'un tas de fruits mélangés. Ce simple exemple permet de comprendre la différence du résultat obtenu dans des comparaisons en fonction de l'indicateur choisi. La présentation scientifique des indicateurs consiste à en mélanger plusieurs sans s'expliquer sur leur pondération et en ne tenant compte que de l'évolution dans le temps des variations observées.

Si vous demandez à un enfant comme on l'a demandé à tous « est-ce que tu préfère recevoir sur la tête un kilo de plomb ou un kilo de plumes ? L'enfant répondra un kilo de plumes. L'instituteur borné le critiquera en lui disant qu'il est un sot puisque 1 000 grammes de plumes ou 1 000 grammes de plomb c'est la même chose. L'indicateur du kilo n'est pourtant pas pertinent. Il en est de même pour la discrimination.

Il y a donc des façons différentes de mesurer la discrimination.

Il reste que dans notre société, en particulier dans le travail, il existe deux indicateurs qui sont, aujourd'hui, des équivalents universels : le temps et l'argent (converti en monnaie d'échange : le \$ et l'€.). Les antillais qui, comme Monsieur Jourdain, s'inscrivent dans des choix d'économie durable, n'ont pas réussi, à ce jour, à convaincre les opérateurs économiques à privilégier la qualité sur l'échange de produits standardisés. Les financiers préfèrent mesurer le rapport au temps passé au résultat financier des charges qu'impose l'échange pour mesurer leurs résultats d'exploitation.

Le travailleur exploité et discriminé subi dans son être et dans sa rémunération une inégalité créatrice de souffrances, de revendications et de révoltes. Il ne peut, dans un premier temps, différencier celle des mesures qui lui ont fait le plus de tort. Naturellement, si c'est un travailleur salarié, il aura tendance à mesurer les effets des comportements discriminatoires sur ses revenus. Cela s'appréhende facilement en comparant sa feuille de paie à celle de ses collègues et camarades ayant les mêmes conditions de travail que lui.

Il n'est donc pas difficile de comprendre pourquoi, dans le temps présent, ce sont les discriminations qui portent sur l'« avoir » qui font l'objet de contentieux judiciaires et alimentent la jurisprudence à partir d'un constat sur l'inégalité de traitement comparative dans le déroulement du temps et dans ses effets sur le niveau de revenus.

Cette attraction des contentieux de la discrimination sur la mesure des inégalités de revenus se comprend parfaitement. Elle a permis des évolutions de la jurisprudence très positive ; pour autant elle écrase la réparation en nature quand le contentieux porte sur les libertés et la dignité (en dehors de toute question d'impact de ces comportements sur les revenus).

Dans les contentieux qui portent principalement sur la conversion de la discrimination sur les revenus par une compensation indemnitaire, la méthode de la triangulation étudiée, puis mise à l'épreuve des contentieux et des négociations par François Clerc est d'une efficacité certaine. La mesure de la démesure part de l'embauche (ou d'un autre moment significatif de l'exécution du contrat de travail - par exemple, le premier mandat d'élus ou de délégués désignés par une organisation syndicale -) et compare alors le niveau de revenus atteint à date donnée, par la personne qui allègue d'une discrimination au regard de la situation salariale des autres compagnons de travail ayant eu une qualification similaire, des diplômes voisins une ancienneté semblable, au moment de l'embauche. Le différentiel des courbes de revenus, le « trend » permet de mesurer précisément la différence de traitement entre le discriminé et les autres compagnons. Il permet la mesure de la compensation indemnitaire et des possibilités de repositionnement sur les grilles de salaire à partir du rapport entre le coefficient et la valeur du point.

Dans les autres cas qui portent sur les libertés et la dignité, la mesure de la démesure doit emprunter d'autres chemins de mise en évidence comparative. C'est la formule empruntée à un travailleur marocain qui nous l'a offerte : « *trop de coïncidences tuent le hasard* ».

#### **Une définition :**

**« la discrimination c'est une inégalité de traitement dont la cause est illicite »**

Cette définition a pour conséquence, que toute inégalité de traitement n'est pas discriminatoire. On doit même soutenir contre tous les totalitarismes que le droit à la distinction est une liberté fondamentale.

Dans la conception démocratique du mouvement syndical et du droit du travail, tout travailleur quelque soit son origine, son appartenance au genre féminin ou masculin, sa race, sa religion, ses orientations philosophiques ou politiques, son engagement militant, son apparence vestimentaire, son état de santé est égal à tout autre. Dans les élections professionnelles, tout travailleur qu'il soit français ou étranger vote pour élire ses représentants dans les institutions représentatives du personnel. Dans le droit du travail,

l'égalité de traitement est un fondement démocratique essentiel : « à travail égal / salaire égal ».

Mais « travail égal / salaire égal » ne signifie pas qu'un travail inégal il n'y a pas en contrepartie rémunération inégale.

La distinction est licite quand elle est fondée sur une cause licite : une prime de qualité, le franchissement d'une butée de filière, la validation des acquis de l'expérience, la qualification en cours d'emploi par des essais, des examens professionnels, un enrichissement ou un élargissement des tâches, la prise en compte des résultats du travail fourni, tout cela peut constituer des causes objectives d'inégalité de rémunération.

L'égalité de « traitement » au sens de l'égalité des chances ne signifie pas l'égalité de « traitement » au sens du revenu du travail. Il faut tenir compte de la polysémie du sens du mot traitement.

On comprend ici toute l'importance du travail sur les indicateurs mais on voit aussi qu'en tant que juriste il nous faut tout autant réfléchir à la cause de l'inégalité de traitement alléguée par une personne se prétendant discriminée.

C'est la cause qui est illicite et non l'inégalité de traitement constatée.

Pour autant, pour faire triompher un contentieux ou une négociation sur la discrimination on se doit de partir de l'inégalité de traitement. Sans constat d'inégalité de traitement, aucun contentieux ne saurait prospérer. L'inégalité de traitement constatée c'est l'allégation sérieuse qui permet au juge de trancher le litige (comme au négociateur de partir d'un constat réel et sérieux). C'est le constat qui permet de passer de la réalité de l'inégalité de traitement à la cause de cette inégalité au travers du renversement de la charge de la preuve.

C'est dans la cause qu'il faut rechercher la voie juridique (négociation) ou judiciaire (contentieux) de la suppression des actes et des mesures qui fondent la discrimination illicite. La réparation en nature comme l'indemnisation doivent permettre façon efficace de faire obstacle à la réitération des comportements délictueux et illicites.

tiennot grumbach

Introduction à une intervention à la réunion du collectif des avocats de SOS RACISME,  
le 17 mars 2007 à la Maison du Barreau de Paris.