



**Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité**  
***Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA***  
***(2007-2010)***

*Décembre 2013*

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Convention n°  
211.06.27.08

Sous la direction de :

**Evelyne Serverin,**

Directeur de recherche au CNRS

Centre de théorie et analyse du droit, (CTAD), UMR 7074,

Université Paris-Ouest Nanterre la Défense,

Centre d'études de l'emploi,

Et

**Frédéric Guiomard,**

Maître de conférences en droit privé,

IRERP

Université Paris Ouest Nanterre la Défense,

Directeur du Master 2 Droit social et GRH



**COUR DE CASSATION**  
Ministère de la Justice

**IRERP**

Institut de Recherche Juridique sur l'Entreprise  
et les Relations Professionnelles



**Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité:  
les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA  
(2007-2010)**

Evelyne Serverin, *Directeur de recherche au CNRS*

*Et*

Frédéric Guiomard, *Maître de conférences en droit privé*

*« La théorie de la libre concurrence doit forcément exiger la suppression de toutes les inégalités traditionnelles des individus devant la loi, notamment de celles qui exercent, de quelque façon que ce soit, une influence économique, comme les privilèges qui se rapportent à l'acquisition, au choix d'une carrière, à la propriété. Aussi l'économie politique libérale-individualiste soutient-elle avec la plus grande énergie cette revendication, d'où résulte que certains postulats connus de la philosophie du droit et de la politique de nos jours peuvent être défendus aussi au point de vue économique. (...)*

*La théorie libérale-individualiste soutient par contre absolument l'inégalité du revenu et du patrimoine, individuels ; mais elle doit aller de pair avec le travail économique individuel et c'est aussi ce qui arrive, quand les hommes sont placés sur la même ligne dans la lutte de la concurrence, libres et égaux ; voilà la grande erreur de l'école, son point faible, où l'atteignent surtout les coups du socialisme. (..).*

*L'application sans condition et absolument individualiste du principe d'égalité, surtout en maintenant le principe de l'inégalité individuelle en fait de gain et de propriété suscite même chez de tels peuples, à plus forte raison chez des peuples plus barbares, de graves dangers, précisément du point de vue purement économique. Il y en a deux qui apparaissent comme les plus importants. D'abord la société économique menace de se réduire en atomes et, par suite, de se désagréger tout à fait, et ensuite la fausse opinion se répand que les éléments « plus faibles » ont obtenu par la concession d'une égalité juridique purement formelle tout ce dont ils ont besoin pour mener la lutte de la concurrence dans des conditions égales. »*

*Adolph Wagner, Les fondements de l'économie politique, Tome IV, deuxième partie, l'économie et le droit, Giard & Brière éd., Paris, 1913, p.158; 162 ; 163*



## *Avertissement*

- *La recherche dont les résultats sont ici présentés a été financée par la Mission de recherche Droit et justice dans le cadre d'un appel à projet intitulé: « Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel. La réalisation contentieuse d'un droit fondamental ». Les opérations de recherche se sont déroulées d'avril 2011 à août 2013, et ont mobilisé une dizaine de chercheurs et enseignants chercheurs, dont huit se sont investis dans les différentes étapes de la recherche, du traitement des arrêts à la participation aux réunions et à la rédaction des divers chapitres du présent rapport. Un ingénieur-informaticien, également recruté sur contrat, Kamel Berahou, a coordonné nos travaux. C'est à lui qu'on doit la construction et la gestion des feuilles de saisie, la mise en place d'un site d'échanges d'informations, la consolidation du fichier final, et les traitements statistiques des données. Enfin, un chercheur au CNRS du centre d'études de l'emploi, Bernard Gomel, est venu nous apporter son appui pour mettre une œuvre AFC à partir d'une sélection de variables.*
- *Outre les deux responsables scientifiques de la recherche (Evelyne Serverin, CTAD, UPOND, Nanterre et Frédéric Guiomard, IRERP, UPOND, Nanterre), ont participé à l'étude : un enseignant-chercheur de Nancy (Raphaël Dalmasso), deux chercheurs au CNRS (Nicole Kerschen, ISP, UPOND, Nanterre et Oliver Leclerc, CERCRID, Saint-Etienne ), un ingénieur d'études (Anissa Allouache, IRERP, UPOND, Nanterre), une doctorante en droit (Inès Meftah, IRERP, UPOND, Nanterre), un maître de conférences à Dauphine (Morgan Sweeney), post-doctorant pour la recherche de 2011 à 2012.*
- *Ont rédigé le rapport final : Evelyne Serverin, Raphaël Dalmasso, Morgan Sweeney, Olivier Leclerc, Frédéric Guiomard, Inès Meftah.*



## Table des matières

<b>Introduction : Discrimination et égalité, des catégories en tension.....</b>	<b>7</b>
<b>Première partie: Observer les litiges de discrimination et d'égalité en matière sociale .....</b>	<b>10</b>
<b>Chapitre 1 : Un point de théorie sur la recherche empirique relative aux discriminations et à l'égalité.....</b>	<b>11</b>
Section 1 : Mesures des inégalités et des discriminations (approche descriptive).....	11
A : Mesure des inégalités .....	12
B : Mesure des discriminations.....	13
Section 2 : Observation des actions publiques de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (approche proactive).....	15
Section 3 : Observation des réclamations (approche réactive) .....	17
A : Des instances extra-juridictionnelles .....	17
B : « Aller en justice » .....	20
<b>Chapitre 2 : Des fondements pour agir .....</b>	<b>22</b>
Section 1 : L'expression des droits sous forme de principes .....	23
A : Diversité des principes d'égalité.....	24
B : L'absence d'un principe général de non-discrimination .....	29
Section 2 : L'extension juridique de la lutte contre les discriminations .....	30
A : Des domaines en extension.....	31
B : La diffusion des critères de discrimination.....	36
Section 3 : Les motifs et leurs sources .....	40
A : Des motifs discriminatoires, du substantif à la substance .....	40
B : La discrimination positive.....	41
<b>Chapitre 3 : Des méthodes pour observer les actions en justice.....</b>	<b>45</b>
Section 1 : Discriminations et égalité dans la base JURICA .....	46
Section 2 : Une grille d'analyse des arrêts.....	48
<b>Deuxième partie : Les discriminations et l'égalité en matière sociale, mise en perspective .....</b>	<b>51</b>
<b>Chapitre 1 : Discriminations et égalité devant les cours d'appel : un contentieux à caractère social, mais marginal.....</b>	<b>52</b>
Section 1 : Prédominance de la matière sociale dans les litiges de discrimination et d'égalité en appel.....	52
Section 2 : ...mais une faible place en matière prud'homale et dans les cours d'appel .....	57
A : Discrimination et égalité, une thématique très peu abordée en matière prud'homale.....	58
B : Des actions en faible nombre dans toutes les cours d'appel .....	59
C : Des décisions fréquemment rendues par des formations de départage.....	61
<b>Chapitre 2 : Des motifs en contexte.....</b>	<b>63</b>
Section 1 : De la concentration des motifs.....	65
Section 2 : Des actions en contexte.....	68
Section 3 : Discrimination syndicale, travail égal, égalité de traitement : trois figures de l'action .....	78
A : Le motif syndical, plus souvent principal que les autres motifs .....	79
B : La contestation d'un licenciement plus fréquente dans l'égalité de traitement .....	80

C : Les salariés en emploi plus nombreux dans le motif syndical .....	81
D : Les ouvriers davantage présents dans le motif syndical, les cadres dans l'égalité de rémunération .....	82
E : Le secteur tertiaire mieux représenté dans l'égalité de rémunération .....	83
F : L'échec à l'horizon des demandes d'égalité de traitement.....	84

### **Chapitre 3 : Distances et proximités des configurations contentieuses ..... 86**

Section 1 : L'égalité femme-homme, loin du monde des discriminations .....	87
Section 2 : Discrimination vs égalité de traitement ou de salaire, entre individus et collectifs .....	93
Synthèse : des motifs et des actions .....	98
A : Beaucoup de motifs pour peu d'actions.....	98
B : Des actions contre-intuitives.....	99

## **Troisième partie : Discriminations et égalité en matière sociale, mise en scène.....101**

### **Chapitre 1 : Les actions genrées devant les cours d'appel :**

#### **paradoxes et flottements .....102**

Section préliminaire: Observer des actions orientées vers le genre.....	103
A : Les sentiers des réclamations « genrées » .....	103
B : Le genre devant les cours d'appel .....	104
Section 1 : Histoires d'égalité de traitement femme/hommes.....	107
A : Quand les pères réclament les avantages des mères .....	107
B : Quand les femmes se comparent aux hommes.....	114
Section 2 : Récits de discriminations genrées.....	122
A : Discriminations liées à l'état de grossesse : une protection à extension limitée .....	122
B : Les discriminations liées à l'orientation sexuelle : une petite collection de cas particuliers .....	126
C : Discriminations liées à la situation de famille : une classe aux contours flous.....	127
D : Discriminations liées à la maternité : une situation mal identifiée .....	129
E- La discrimination liée au sexe : trop générale pour être opératoire .....	130
F- Les discriminations multiples, ou le refus de choisir .....	131
Pour conclure : la faible maniabilité des catégories juridiques liées au genre.....	132

#### **Chapitre 2 : Comparer pour décider .....135**

Section 1 : Quelle place pour les statistiques dans la preuve des discriminations ?.....	136
A : Le cadre.....	136
B : Le corpus .....	137
C : Les premiers enseignements de l'analyse.....	138
Section 2 : Quels usages des raisonnements statistiques dans la preuve des discriminations ?.....	140
A : La constitution d'un échantillon de comparaison .....	141
B : L'existence d'une différence de traitement « suffisante ».....	148

#### **Chapitre 3 : Usages et mésusages de la discrimination syndicale .....151**

Section 1 : Les litiges individuels construits collectivement : des litiges ayant pour objet exclusif la discrimination syndicale.....	152
Section 2 : L'invocation des discriminations syndicales à l'occasion des litiges sur la contestation de la rupture du contrat de travail .....	155
Section 3 : Porosité de la ligne de partage entre la discrimination syndicale et le harcèlement moral.....	157
Section 4 : Symbiose entre discrimination syndicale et égalité de traitement en matière de rémunération et de carrière.....	158

## **Synthèse conclusive : les discriminations et l'égalité en matière sociale au filtre**

### **de l'action judiciaire.....160**

#### **I : Les référentiels normatifs des discriminations et de l'égalité .....161**

A : L'égalité, un principe aux multiples visages.....	161
---	-----

B : Les discriminations, une énumération sans fin .....	162
C : Une multiplicité de niveaux hiérarchiques.....	162
<b>II : Le sens des actions .....</b>	<b>163</b>
A : Des motifs en perspective .....	163
B : Des motifs en comparaison .....	165
C : Une typologie des litiges .....	166
<b>III : Des litiges mis en scène.....</b>	<b>166</b>
A : A la recherche du genre .....	166
Des contentieux dominés par l'égalité femme-homme.....	167
La difficile maniabilité des catégories juridiques liées au genre.....	167
B : Comparer pour décider .....	169
C : L'individuel et le collectif en matière de discrimination syndicale .....	170
<b>IV : Pour aller plus loin : la constitution de collectifs dans les litiges de discrimination ou d'égalité.....</b>	<b>171</b>
A : Les collections d'actions individuelles .....	171
B : Les actions à portée générale .....	172
<b>Annexe 1 : Les variables et leurs modalités.....</b>	<b>175</b>
<b>Annexe 2 : Le programme de recodage des variables pour l'AFC.....</b>	<b>187</b>
<b>Liste des Figures.....</b>	<b>188</b>



# Introduction : Discrimination et égalité, des catégories en tension

Evelyne Serverin

- Les sociétés des temps modernes se sont construites sur des mythes et concepts portés par des textes fondateurs, déclarations de droits, constitutions, conventions, nationaux et internationaux. Parmi ces concepts, celui de l'égalité, couplé à la notion de justice, a d'emblée occupé une place centrale dans la construction des démocraties<sup>1</sup>. Comment justifier l'inégale distribution des biens et des honneurs? Quels principes de justice mettre en œuvre lorsque l'ordre relatif des personnes est perturbé? La distinction aristotélicienne entre deux manières de calculer les proportions, géométrique avec la justice distributive (qui rend à chacun ce qui lui est dû en raison de ses mérites) arithmétique avec la justice commutative (rétablissant la situation des personnes lésées), a couru toute l'Europe depuis le 15<sup>ème</sup> siècle. La distinction se fera très tôt entre les différences liées au mérite et celles qui tiennent aux richesses. Grotius critiquera les deux types de justice développés par Aristote, en ce qu'elle fait dépendre l'attribution des droits du type de proportion recherché, en développant une distinction selon les droits revendiqués. Ainsi; la puissance sur les choses et les personnes, comme le droit de propriété, fondent le pouvoir d'exiger ce qui est dû (justice parfaite); l'aptitude et la capacité, sur lesquelles reposent la distribution des récompenses et des charges publiques, ne donnent pas le pouvoir d'exiger, mais seulement de solliciter (justice imparfaite)<sup>2</sup>.

- La Révolution abolira *l'inégalité civile* en proclamant l'égalité des droits, affichée au fronton de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans la première phrase de son article 1 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». En rupture avec un monde social fondé sur des différences entre les personnes, l'égalité première introduit une horizontalité entre sujets, qui s'oppose à ce qu'un citoyen puisse disposer, du seul fait de sa naissance, de droits supérieurs à ceux des autres. Dans la Déclaration des droits, une place de premier plan est donnée à la distinction sociale, dont le seul fondement est l'utilité, et la seule voie d'accès, le mérite. La seconde phrase de l'article 1 énonce la première règle: « Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». L'article 6 pose la seconde: « [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 ».

- Dans la logique des Lumières, la distinction sociale est méritée, non héritée. Que signifie cette

---

<sup>1</sup> Alexis de Tocqueville soulignait d'emblée la prégnance du principe d'égalité dans sa préface à « De la démocratie en Amérique » (1825): « Parmi les objets nouveaux qui, pendant mon séjour aux États-Unis, ont attiré mon attention, aucun n'a plus vivement frappé mes regards que l'égalité des conditions. Je découvris sans peine l'influence prodigieuse qu'exerce ce premier fait sur la marche de la société ; il donne à l'esprit public une certaine direction, un certain tour aux lois ; aux gouvernants des maximes nouvelles, et des habitudes particulières aux gouvernés. Bientôt je reconnus que ce même fait étend son influence fort au-delà des mœurs politiques et des lois, et qu'il n'obtient pas moins d'empire sur la société civile que sur le gouvernement: il crée des opinions, fait naître des sentiments, suggère des usages et modifie tout ce qu'il ne produit pas. Ainsi donc, à mesure que j'étudiais la société américaine, je voyais de plus en plus, dans l'égalité des conditions, le fait générateur dont chaque fait particulier semblait descendre, et je le retrouvais sans cesse devant moi comme un point central où toutes mes observations venaient aboutir. ». Document accessible sur le site <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>.

<sup>2</sup> H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, chez P. De Coup., 1724, T. 1, p. L. 1, Ch. 1, p. 43 et s.

proclamation d'égalité? En aucun cas le droit à une égalité des positions sociales. En effet, la reconnaissance de l'égalité naturelle entre les hommes, qui s'oppose à l'idée d'un esclavage par la naissance, s'accommode de l'inégalité qui s'établit entre les hommes en raison des lois civiles, qui concernent toutes les rapports de pouvoir et d'autorité entre les concitoyens. Notamment, les différences de fortune ne sont pas vues comme des inégalités<sup>3</sup>. Toute différence peut avoir sa place dans un tel système, qui trouvera sa propre assise dans le système de droits lui-même. Loin d'assigner une même position à tous dans une société, l'égalité primaire des droits donne un nouvel élan à la diversification sociale, en déplaçant, au-delà de la naissance, les deux sources désormais classiques de différenciation sociales : la distinction des personnes selon le mérite, la différenciation des fortunes par l'allocation du droit de propriété. C'est cette tradition qui sera héritée par la théorie économique dénommée par Wagner *théorie libérale-individualiste*, et selon laquelle « *l'inégalité du revenu et du patrimoine, individuels (...) doit aller de pair avec le travail économique individuel et c'est aussi ce qui arrive, quand les hommes sont placés sur la même ligne dans la lutte de la concurrence, libres et égaux*<sup>4</sup>.

- A cette *promotion démocratique de l'égalité des droits*, est venue s'ajouter, dans le sillage des grands conflits mondiaux, un corps de textes, d'abord internationaux, puis internes, *prohibant les discriminations*. L'entrée en scène dans les textes internationaux des discriminations à combattre, ainsi que leur énumération sous forme de motifs, est souvent attribuée aux négociateurs anglophones, les négociateurs français s'attachant au contraire à l'affirmation d'un principe général d'égalité<sup>5</sup>. Au fil du temps, l'émancipation de la catégorie de la discrimination s'est affirmée, soutenue par la CEDH pour qui la non-discrimination » de l'article 14 de la CESDH ne saurait être assimilée à l'égalité devant la loi ou à l'égalité de protection de la loi<sup>6</sup>.

- Avec cette *émancipation conceptuelle*, la discrimination s'est invitée aux côtés de l'égalité comme moyen de lutter contre les distinctions illégitimes. Cette coexistence s'est inscrite dans le langage sous forme d'un syntagme regroupant dans une même expression « *la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité* »<sup>7</sup>. La discrimination viendrait donc renforcer le principe d'égalité, pour faire advenir un monde non pas égalisé, mais où toutes les différences constatées seraient légitimes.

- Sous cette unité d'objectifs, la différence entre les catégories demeure, soulevant la question de leur articulation et de leur mobilisation dans l'action. C'est sur cette tension entre catégories que nous avons voulu porter l'attention, en cherchant à voir, d'un point de vue pratique, comment les revendications de discrimination et d'égalité s'articulent et s'actualisent dans l'action judiciaire. Tel est l'objet de l'enquête que nous avons conduite sur un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-

---

<sup>3</sup> « Toute l'inégalité qui s'est formée entre les citoyens après l'établissement du pouvoir souverain vient donc ou de l'administration du gouvernement, qui a demandé que le souverain donnât charge à certains citoyens d'exercer sur les autres une partie de l'autorité souveraine, ou de quelques privilèges accordés par le souverain. Pour la diversité des biens et des richesses, elle ne produit par elle-même aucune inégalité réelle entre les citoyens ». Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, Amsterdam, Henri Schelte, 1706, T. 1, p. 292.

<sup>4</sup> V. la citation en préface de notre étude.

<sup>5</sup> Sur l'histoire de ces catégories, v. infra le Chapitre 2 : « Des fondements pour agir ».

<sup>6</sup> CEDH, 23 juillet 1968, Cour plénière, Arrêt « affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique.

<sup>7</sup> C'est ainsi que devant le défenseur des droits, l'ancienne mission de la Haute autorité de lutte contre les discriminations est devenue la « lutte contre les discriminations et pour l'égalité ». Pour une présentation des résultats, v. le Rapport annuel du défenseur des droits 2012, p. 18.

2010), dont les résultats sont exposés dans le présent rapport.

- Pour restituer les enseignements de cette enquête, nous progresserons en trois étapes, développées en autant de parties.

**Dans une première partie**, nous camperons en trois chapitres le cadre de nos observations. Le chapitre 1 situera le contentieux judiciaire parmi les différentes formes de revendications prenant l'égalité et les discriminations pour objet (Evelyne Serverin). Le chapitre 2 sera consacré aux référentiels juridiques des actions (Morgan Sweeney). Le chapitre 3 décrira la méthode de constitution et d'analyse des matériaux de la recherche (Evelyne Serverin).

**La deuxième partie**, qui constitue le noyau dur de la recherche, déclinera en trois chapitres les résultats et enseignements tirés de l'analyse de notre corpus d'arrêts : Le chapitre 1 mettra en perspective le contentieux des cours d'appel la discrimination et de l'égalité en matière sociale. Le chapitre 2 développera les caractéristiques de ce contentieux, sous les différentes dimensions saisies par la grille d'analyse. Enfin, le chapitre 3 proposera d'expliquer les motifs de recours à l'aide d'une analyse factorielle des correspondances (Evelyne Serverin).

**La troisième partie** sera analytique, et illustrera en trois chapitres les caractéristiques des litiges. Le chapitre 1 sera consacré à l'égalité et aux discriminations de genre (Evelyne Serverin, Raphaël Dalmaso). Le chapitre 2 s'intéressera aux méthodes de comparaison employées dans les litiges (Olivier Leclerc). Le chapitre 3 développera les caractéristiques des discriminations syndicales (Frédéric Guiomard, Inès Meftah).

L'étude se fermera sur une **Synthèse conclusive**, qui mettra l'accent sur les tensions et les paradoxes des actions en justice dans ce domaine, tout en proposant une réflexion prospective sur la formation de collectifs dans l'exercice de ces actions. (Evelyne Serverin).



## Première partie: Observer les litiges de discrimination et d'égalité en matière sociale

L'abondance de la production normative dans le domaine de l'égalité et des discriminations est certainement un marqueur de l'importance sociale accordée à ces questions. Pour autant, elle ne garantit ni la cohérence des dispositions, ni la « réalisabilité » concrète des droits. Ces garanties sont d'autant plus difficile à assurer que les textes applicables sont insérés dans un édifice hiérarchisé de normes nationales et internationales qui ne sont pas *self-executing*, et impliquent pour leur mobilisation que soient formées des réclamations devant des instances compétentes. L'objectif de la recherche est précisément de rendre compte de la *vie de ces normes*, en adoptant un point de vue particulier, celui des *actions en justice*.

Dans un **chapitre 1**, ce point de vue sera d'abord *situé* dans le cadre des différentes approches multidisciplinaires et internationales, qui se préoccupent de la mise en œuvre des normes. S'agissant d'une recherche portant sur l'usage judiciaire des normes, le référentiel juridique sera ensuite déroulé dans un **chapitre 2**, sous forme d'une mise en perspective chronologique de la production des règles par source et par thème. Enfin, dans un **chapitre 3**, le matériau de la recherche et la méthode d'analyse seront présentés de manière détaillée, introduisant et circonscrivant tout à la fois les résultats attendus de la recherche.



## Chapitre 1 : Un point de théorie sur la recherche empirique relative aux discriminations et à l'égalité

▣ Evelyne Serverin

La recherche empirique sur les questions d'égalité et de discrimination, est loin d'être unifiée. Les observateurs, chercheurs ou services spécialisés, sélectionnent des « portions de réalité » à étudier, nourries à la fois des préférences du temps et des contraintes de la discipline ou de la mission<sup>8</sup>. Pour situer notre propre contribution dans cette galaxie de recherches, nous partirons d'une typologie des approches empiriques, en les ramenant à trois grandes catégories :

-l'approche *descriptive*, qui propose des *images* de l'état du monde social sous l'angle d'une métrique des différences (**Section 1**) ;

-l'approche *proactive*, largement nourrie des enseignements de la précédente, qui propose des *formes d'intervention publique* visant à corriger des situations d'inégalité et/ou de discrimination (**Section 2**) ;

-l'approche *réactive*, qui s'intéresse aux *réclamations* fondées sur les droits relatifs aux discriminations et/ou à l'égalité (**Section 3**). C'est dans cette dernière perspective que s'inscrit notre recherche.

### Section 1 : Mesures des inégalités et des discriminations (approche descriptive)

Il n'est de recherche sur ce thème qui ne prenne appui sur des données chiffrées fixant l'état des rapports entre les personnes les groupes. Ces observations sont elles-mêmes diverses, et peuvent être ramenées à deux types de mesures : des mesures des distances (mesures d'inégalités), et des mesures d'attitudes (mesure des discriminations).

---

<sup>8</sup> Voir, pour des exemples d'études thématiques : Réjane Sénac Slawinski, « L'égalité entre les femmes et les hommes dans l'emploi : réflexions sur l'évolution récente du droit français », *Droit et société*, 62 2006, p. 67-93. V. également, le numéro de *Politix* portant sur "discriminations et droit" co-dirigé par Laure Bereni, Séverine Lacalmontie et Vincent-Arnaud Chappe. « Éditorial », *Politix* 2/2011 (n° 94), p. 3-6. URL : [www.cairn.info/revue-politix-2011-2-page-3.htm](http://www.cairn.info/revue-politix-2011-2-page-3.htm). v.

## A : Mesure des inégalités

Ces observations sont réalisées par des organismes ou des chercheurs, sous forme d'enquêtes permanentes, d'observatoires, d'indicateurs, ou d'études ponctuelles. Le plus souvent, elles sont *neutres* du point de vue causal, en ce sens qu'elles ne considèrent pas *a priori* que les inégalités constatées sont le produit de discriminations. L'INSEE propose ainsi des « Regards sur la parité » dans le cadre de ses publications régulières<sup>9</sup>. Plus engagé, l'Observatoire des inégalités, organisme indépendant d'information et d'analyse sur les inégalités, collecte et met à disposition du public des données sur le sujet<sup>10</sup>. Cet Observatoire des inégalités, en partenariat avec des associations et centres de recherche européens, a créé en 2011 le premier réseau européen indépendant d'information sur les inégalités, *Inequality Watch*, dont l'objectif est de proposer gratuitement à l'ensemble des citoyens européens (scientifiques, acteurs associatifs, acteurs économiques, pouvoirs publics, et à l'opinion publique de manière plus générale) les publications les plus pertinentes sur le thème des inégalités en Europe<sup>11</sup>. Des réseaux européens se mettent également en place sur des questions spécifiques, tels le genre<sup>12</sup>. En France, un « Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes », instance consultative, a été créé en 1995 auprès du premier Ministre, et remplacé par décret 2013-8 du 3 janvier 2013 du président de la République, par un « Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes »<sup>13</sup>. En loi de finances, le projet annuel de performance (PAP), Solidarité insertion et égalité des chances contient un programme n° 137, « Égalité entre les hommes et les femmes », qui se décline en quatre thèmes: l'accès des femmes aux responsabilités dans la vie politique, économique et associative, l'égalité professionnelle, l'égalité en droit et en dignité, l'articulation des temps de vie.

Au fil des ans et des échanges, une véritable communauté de chercheurs s'est constituée autour de la production de mesures sur les inégalités<sup>14</sup>, soutenue par des programmes dotés de financements spécifiques<sup>15</sup>. Ce travail de mesure sert de base à l'établissement de programmes

---

<sup>9</sup> Insee Première n° 1226, mars 2009.

<sup>10</sup> [www.inegalites.fr](http://www.inegalites.fr).

<sup>11</sup> L'outil principal de diffusion d'*Inequality Watch* est son site Internet : [www.inequalitywatch.eu](http://www.inequalitywatch.eu).

<sup>12</sup> Commission européenne Justice, Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres, « La lutte contre la discrimination fondée sur la grossesse, la maternité et la parentalité. Mise en pratique du droit de l'UE et du droit national dans 33 pays européens », 2013.

<sup>13</sup> Aux termes de l'article 2 du décret « Le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes a pour mission d'assurer la concertation avec la société civile et d'animer le débat public sur les grandes orientations de la politique des droits des femmes et de l'égalité, notamment en ce qui concerne la lutte contre les violences de genre, la place des femmes dans les médias et la diffusion de stéréotypes sexistes, la santé génésique, l'égal accès aux fonctions publiques et électives et la dimension internationale de la lutte pour les droits des femmes.

<sup>14</sup> Une Journée d'étude du Centre d'études de l'emploi sur la mesure des inégalités ( 22 mai 2012), a rassemblé de nombreux chercheurs économistes et sociologues : Alain Trannoy (Aix Marseille school of economics, Ehess), Stéphane Mussard (Gredi-lameta), Guillaume Allègre (Ofce), Roland Rathelot (Crest), Pauline Givord (Insee), Dominique Meurs (Economix, UPOND)

<sup>15</sup> Le programme de recherche REGINE (Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe), financé par l'ANR se donne pour objectif « de faire connaître en France cette branche spécifique de l'analyse critique du droit qu'est son analyse depuis une perspective de genre, et d'y contribuer en l'enrichissant et la discutant ». L'ANR

d'actions, sur l'idée partagée de la nécessité de connaître, pour mieux les combattre, les inégalités « non légitimes », c'est-à-dire non fondées sur le mérite.

## **B : Mesure des discriminations**

Entre la mesure des inégalités et la mesure des discriminations, la différence réside dans le sens donné aux écarts constatés. En effet, la mesure des inégalités est une pure métrique de distance entre des personnes et les groupes sur certains critères (revenus, santé...), tandis que la mesure des discriminations implique d'établir un *lien causal* entre ces inégalités et certains traits caractéristiques de ces personnes et de ces groupes, traits qui sont énumérés sous forme d'une liste de motifs. En raison de sa dimension causale, la mesure des discriminations se révèle plus difficile à construire que la simple métrique d'inégalités. Pour prendre un exemple, si on peut établir statistiquement que les femmes sont moins bien rémunérées que les hommes, la preuve que ces différences sont dues à un traitement discriminatoire des femmes, à travail égal ou de valeur égale, passe par un appareillage méthodologique sophistiqué, empruntant à tous les registres des sciences sociales et de l'action publique. Les études abondent sur ces sujets, notamment les discriminations à l'embauche, qui constituent aux yeux des économistes une rupture d'égalité des chances, et un risque pour l'efficacité du « marché du travail »<sup>16</sup>. Parmi ces méthodes, le « test de situation » a la faveur des observateurs. La méthode consiste à comparer le traitement réservé dans un cadre de sélection (à l'embauche, ou dans l'accès au logement), à deux groupes de personnes, en tous points identiques sauf sur la caractéristique testée (par exemple l'origine, le lieu d'habitation, la consonance des nom et prénom, etc.)<sup>17</sup>.

Dans un autre registre, la mesure des discriminations passe par la mise en place de « baromètres », centrés sur le « ressenti » des intéressés. Un baromètre de cette nature a été ainsi mis en place dans le cadre d'une coopération engagée par accord signé en 2008, entre l'OIT et la Halde, et poursuivie par le Défenseur des droits (DDD), qui a repris les missions de la Halde<sup>18</sup>. A l'occasion de la publication du baromètre de 2012, le DDD a signé une nouvelle convention triennale avec le bureau de l'OIT pour la France, qui prévoit d'inscrire la prochaine édition du baromètre dans une dimension comparative à l'échelle européenne, de développer les recherches et

---

a lancé en 2012 un appel d'offres « inégalité/inégalités », orienté vers la connaissance et la perception des inégalités, et fondé sur les principes de justice.

<sup>16</sup> V. Romain Aeberhardt, Denis Fougère, Roland Rathelot, « Discrimination à l'embauche, comment exploiter les procédures de testing ? », INSEE, Direction des études et Synthèses économiques, Document de travail G 2009/13.

<sup>17</sup> Gwénaële Calvès (Professeur de droit à l'Université de Cergy-Pontoise et directrice scientifique du Centre d'analyse stratégique). Calvès Gwénaële (2005), « Reflecting the Diversity of the French Population: Birth and Development of a Fuzzy Concept », *International Social Science Journal*, vol. 57, no 183, p. 165-174. Également *La Discrimination positive, Que sais-je* (2010).

<sup>18</sup> Notons que le traitement des réclamations par le Défenseur des droits n'est plus organisé autour des quatre missions antérieurement dévolues à chacune des autorités administratives indépendantes auxquelles il a succédé. Les dossiers faisant l'objet d'une instruction sont attribués à des pôles thématiques en fonction de l'objet de la réclamation. Rapport du DDD pour 2012, p.27.

formations conjointes, notamment en matière de droit du travail (égalité et non discrimination, questions de genre) et de protection sociale. Le 6<sup>ème</sup> baromètre sur les discriminations au travail a été publié en janvier 2013. Il a été réalisé par téléphone auprès d'un échantillon représentatif de plus de 1000 personnes, (500 salariés du privé et 500 agents publics), et comporte trois focus sur la question du handicap au travail et sur celle de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, et sur les discriminations à l'égard des personnes de plus de 50 ans<sup>19</sup>.

En 2012, le DDD s'est donné pour objectif de passer de l'analyse des inégalités à celle des discriminations. En collaboration avec la direction générale de l'Administration et de la Fonction publique (DGAFP23), une série de travaux de recherche ont été entrepris sur la mesure et l'analyse des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes au sein de la fonction publique (État, territoriale et hospitalière), et sur la comparaison avec le secteur privé. L'objectif de ces travaux est clairement de trier ce qui relève des inégalités et de la discrimination : « *Ces analyses statistiques chercheront à chiffrer le plus précisément possible la part des écarts de rémunérations qui relèvent de différences individuelles (l'âge, le recours au temps partiel, les interruptions de carrière), des effets de la structure des emplois (statut, corps, grade, type d'employeur) ainsi que la part éventuelle qui subsiste à caractéristiques observables comparables entre les femmes et les hommes et relève de la discrimination* »<sup>20</sup>.

Cet effort pour séparer le bon grain du mérite, de l'ivraie des discriminations, repose sur une théorie implicite qui fait du *comportement discriminatoire* l'explication des différences constatées. Ces études nous paraissent cependant impuissantes à donner la *signification de ces faits*. A cet égard, nous pouvons leur adresser la même critique que Max Weber faisait aux économistes de son temps. Si par une démonstration « empirique-statistique » on peut montrer que des individus réagissent d'une certaine manière dans une certaine situation, même si cette situation est créée expérimentalement « *une telle démonstration ne pourrait nous permettre de comprendre « pourquoi » cette réaction est intervenue, et certainement pas « pourquoi » elle intervient toujours de cette manière* »<sup>21</sup>. Ces approches « par le comportement » et le « ressenti » trouvent leur limite dans l'absence de véritable théorie du sens des actions, et conduisent à des conclusions qui ne sont pas toujours comprises par les commanditaires. C'est la mésaventure qu'a connue une équipe de chercheurs<sup>22</sup>, auteur d'une expérimentation sur les CV anonymes en vue de la préparation d'un décret<sup>23</sup>. En excipant des résultats de l'étude, le commissaire à la diversité et à l'égalité des chances

---

<sup>19</sup> Entretiens réalisés du 28 novembre au 12 décembre 2012.

<sup>20</sup> Rapport Annuel 2012, p. 120.

<sup>21</sup> Max Weber, « Knies and the problem of irrationality », in Max Weber, *Collected methodological writings*, Hans Henrik Bruun and Sam Whimster eds, traduction Hans Henrik Bruun, Routledge, 2012, p. 45.

<sup>22</sup> Behaghel L., Crépon, B., Le Barbanchon, T. (2011), *Evaluation de l'impact du CV anonyme*, Rapport final, mars 2011.

<sup>23</sup> L'article L. 121-6-1 du code du travail (modifié par la loi du 22 mars 2012), prévoit que « Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les informations mentionnées à l'article L. 1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi ne peuvent être examinées que dans des conditions préservant son anonymat ».

renonçait à prendre le décret qui aurait rendu obligatoire l'anonymat des candidatures dans les entreprises concernées. Or les auteurs n'avaient nullement conclu sur les effets complets d'une généralisation du CV anonyme, ni même sur l'intérêt de tester l'existence de discriminations à l'embauche. Le risque est grand dans ce domaine de multiplier les études statistiquement sophistiquées, sans apporter de connaissances nouvelles, et sans pouvoir conclure sur le type de mesures à prendre

## Section 2 : Observation des actions publiques de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (approche proactive)

L'observation des actions entreprises pour « lutter » contre les discriminations et les inégalités entre dans le cadre plus général des *recherches évaluatives* sur les politiques publiques et leurs effets. On les trouve à différents niveaux d'intervention.

▲ *Au plan international*, l'OIT publie annuellement des recommandations par pays sur les conventions ratifiées, avec un chapitre « Non-discrimination et égalité de chances et de traitement »<sup>24</sup>. La France a fait l'objet de diverses recommandations sur ce point, dont la dernière en 2011. Ces recommandations mettent l'accent sur *l'application* des textes, et demandent au gouvernement des chiffres et des résultats. Les objets de mesure sont nombreux. Ainsi, la Commission « *prie le gouvernement de fournir des informations sur l'application de l'article 1 de la Constitution et des dispositions de la loi no 2008-496 du 27 mai 2008 dans la pratique.* » Elle prie également le gouvernement « *de fournir des données statistiques permettant d'évaluer l'impact des mesures de promotion de l'égalité de chances et de traitement dans l'emploi, y compris dans l'éducation et la formation professionnelle, sans distinction de race ou d'ascendance nationale* ».

En ce qui concerne les discriminations fondées sur la religion, elle demande à nouveau au gouvernement de fournir des informations sur l'application de la loi n° 65 du 17 mars 2004 sur le port des signes religieux, tout en priant *le gouvernement de veiller à ce que l'application de cette loi n'ait pas pour effet de diminuer les chances des filles de trouver un emploi à l'avenir.* » En bref, la Commission ne s'en tient pas aux proclamations et déclarations, mais exige la preuve que des actions sont entreprises et qu'elles conduisent à des résultats tangibles.

▲ *Au plan interne*, l'action est prise en charge par des services ministériels dédiés. Ainsi, un décret du 19 décembre 2008 a confié une mission à un commissaire à la diversité et à l'égalité des chances Yazid Sabeg. S'il n'a pas renouvelé le mandat général du commissaire, le nouveau gouvernement a pris le 24 mai 2012 un décret n° 2012-778 relatif aux attributions du ministre des droits des femmes, qui fait une large place aux discriminations et à l'égalité: « *Le ministre des droits*

---

<sup>24</sup> V. le dernier rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. Rapport III (Partie 1A), Rapport général et observations concernant certains pays. BIT, conférence internationale du travail, 100ème session, 2011.

*des femmes prépare et met en œuvre la politique du Gouvernement relative aux droits des femmes, à la parité et à l'égalité professionnelle. Il est chargé de promouvoir les mesures destinées à faire respecter les droits des femmes dans la société, à faire disparaître toute discrimination à leur égard et à accroître les garanties d'égalité dans les domaines politique, économique, professionnel, éducatif, social, sanitaire et culturel. Dans ces domaines, il prépare, avec les autres ministres compétents, les mesures visant à assurer le respect des droits des femmes, la protection effective des femmes victimes de violence et la lutte contre le harcèlement. ».* C'est sous l'égide de ce ministère qu'a été présenté un projet de loi « pour l'égalité entre les femmes et les hommes », qui comprend une liste hétéroclite de mesures visant pêle-mêle l'égalité professionnelle, le paiement des pensions alimentaires, les violences faites aux femmes, les images sexistes sur internet, et diverses mesures relatives à la parité !<sup>25</sup>.

▲ La Halde, puis le défenseur des droits, sont allés au-delà de la posture d'observation pour proposer des « guides » orientés vers des mesures préventives et correctives. S'agissant des entreprises, le défenseur des droits et la CNIL ont édité conjointement en mars 2012 un Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi, intitulé « Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances ». Ce guide, édicté à la suite de nombreuses consultations d'experts, a fait l'objet d'une large diffusion auprès des partenaires sociaux et des responsables d'entreprise de taille et de secteurs d'activités divers. Il se veut la déclinaison pratique des règles à respecter pour mesurer les éventuelles discriminations dans l'entreprise ou l'administration et évaluer les actions correctives mises en œuvre. 25 fiches thématiques détaillent les actions qui peuvent être entreprises et les précautions qui doivent les entourer. Plusieurs fiches sont consacrées à la mise au point d'enquêtes. Une fiche 15 pose « Les conditions de réalisation d'une enquête dans une organisation »; une fiche 16 « Interroge les perceptions et le vécu des salariés sur les discriminations » ; une fiche 17 : propose de « Réaliser un audit des procédures et des pratiques RH »; une fiche 18 : suggère d'évaluer les procédures de recrutement par la méthode du testing.

▲ D'autres guides sont adressés aux divers opérateurs intervenant dans le domaine de l'emploi, et sont clairement orientés vers la mise au point d'instruments de mesure. Sous le titre « Prévenir les discriminations et garantir l'égalité (2012), un premier guide propose une méthode d'autoévaluation en direction des collectivités territoriales. Aux employeurs (publics et privés), il est proposé des schémas de gestion des ressources humaines pour prévenir les discriminations et garantir l'égalité »<sup>26</sup>. Un second guide s'adresse aux négociateurs des conventions collectives, pour leur proposer « une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine »<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, n° 717, déposé à l'AN le 3 juillet 2013  
<sup>26</sup> Guide paru le 26/11/2012, consultable sur le site du DDD.  
<sup>27</sup> DDD, 2013, consultable sur le site.

▲ Enfin, au plan des entreprises, les actions font l'objet d'observations statistiques, figurant dans des documents spécifiques. Les Accords d'entreprise et de branches sont répertoriés par l'ORSE (observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises). L'Insee, FSE, développe un programme PROGRESS. Des études privées se multiplient: (Mac Kinsey, mixité dans l'entreprise 2007, Hudson, mixité dans la direction 2008, Accenture Geff, 2006, femmes diplômées en France).

Ce bref parcours des actions empiriques montre qu'il y a pléthore de mesures et d'initiatives dédiées à la discrimination et à l'égalité, dans une course continue à la production de dispositifs, qui dissimule mal l'impuissance des gouvernements et des États à influencer sur le processus de production des inégalités. Dans ce paysage de surabondance, les observations portant sur les réclamations occupent une place à part, et pour le dire réduite, notamment en France.

### **Section 3 : Observation des réclamations (approche réactive)**

Nous l'avons souligné, une différence ne deviendra illégitime qu'à l'issue d'une *épreuve d'évaluation concrète*, conduite par un organe qui appréciera, ou tranchera s'il s'agit d'un tribunal, un litige porté devant lui. Pour que de telles appréciations puissent être portées, il faut que des personnes, ou des groupes, aient saisi un organe compétent, ce qui renvoie au monde des « réclamations ». S'ouvre ici le vaste secteur des *plaintes*, qu'elles soient portées auprès d'autorités, de collectifs, ou de tribunaux, qu'elles soient individuelles, ou collectives, qu'elles soient initiées par des individus, des collections d'individus, ou par des collectifs porteurs d'intérêts, syndicats, délégués du personnel, associations disposant du droit d'agir en justice. Les occurrences de survenance des réclamations ne manquent pas. En l'état des dispositifs existants, on peut relever sept types d'instances habilitées à recevoir et/ou à traiter les plaintes, que l'on rangera en deux classes : les instances extra-juridictionnelles et les tribunaux.

#### ***A : Des instances extra-juridictionnelles***

Nombreuses sont les instances qui, en-dehors des tribunaux, ont reçu de la loi compétence pour recevoir des plaintes, et décider des suites à leur donner. Nous les avons rangé en cinq groupes, plus ou moins spécifiques, et dont l'activité est plus ou moins bien connue.

**La Halde**, dont les missions ont été reprises par le **Défenseur des droits (DDD)**, est le seul organisme dédié à la lutte contre les discriminations. Ce transfert n'est pas sans conséquence sur le suivi de cette mission, dans la mesure où le DDD n'est plus organisé autour des quatre missions

d'origine, mais autour de pôles thématiques<sup>28</sup>. Il est cependant certain que le nombre de plaintes en ce domaine reste très élevé. En 2011 plus de 12000 plaintes avaient été enregistrées par la Halde. Le rapport annuel du DDD pour 2012 ne permet plus d'isoler les discriminations, mais en raison de l'extension de la mission, on peut penser que ce nombre n'est pas inférieur aux années précédentes<sup>29</sup>.

Les **syndicats** disposent du pouvoir d'agir en matière d'égalité de rémunérations et de discriminations par l'action en substitution, en application de l'article L.1134-2 du code du travail<sup>30</sup>. On ignore cependant le nombre de demandes formées à ce titre devant les tribunaux.

De leur côté, les **délégués du personnel** disposent d'un droit d'alerte sur « les discriminations » largement entendues, sur le fondement de l'article L.2313-2 du code du travail<sup>31</sup>. Aucune donnée n'est disponible sur le recours à ce droit.

Les **inspecteurs et contrôleurs du travail** peuvent intervenir aussi bien en matière de discrimination (art. L.8113-5 C. trav.), que d'égalité (article L.3221-9 C. trav.)<sup>32</sup>. On sait peu de choses de ces contrôles, d'autant moins que les constatations ne donnent que très rarement lieu à procès-verbaux.

---

<sup>28</sup> Cette unification se traduit au plan territorial, par la mise en place d'un « accueil unifié ». Chaque délégué, quel que soit son réseau d'origine ou sa compétence dominante, constitue un point d'entrée unique dans l'instance.

<sup>29</sup> Selon Maryvonne Lyazid adjointe du Défenseur des droits pour la lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la nouvelle organisation « a fait émerger des questions relatives à l'accès aux droits sociaux ou aux conditions de travail, caractéristiques de personnes qui ne se sont jamais plaintes de discrimination ». Rapport annuel du DDD 2012, p. 19.

<sup>30</sup> « Les organisations syndicales représentatives au niveau national ou dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes actions résultant de l'application des articles L. 3221-2 à L. 3221-7, relatifs à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes. Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou d'un salarié. L'organisation syndicale n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que celui-ci ait été averti par écrit de cette action et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat. »

<sup>31</sup> « En cas d'atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles résultant de mesures discriminatoires en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement, ils peuvent saisir l'employeur qui doit procéder sans délai à une enquête et mettre fin à cette situation. »

<sup>32</sup> Aux termes de l'article L.8113-5 du code du travail, ils « peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application : 1° Des dispositions des articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du code du travail et de celles de l'article 225-2 du code pénal, relatives aux discriminations ; 2° Des dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; 3° Des dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-8, relatives à l'exercice du droit syndical. » En matière d'égalité, l'article L.3221-9 prévoit que « les autres fonctionnaires de contrôle assimilés sont chargés, dans le domaine de leurs compétences respectives, concurremment avec les officiers et agents de police judiciaire, de constater les infractions à ces dispositions. »

Certaines **associations** peuvent agir sur le fondement de l'article L. 1134-3 du même code<sup>33</sup>. Là encore, les données manquent pour établir l'ampleur des demandes qui leur sont adressées, et l'usage qu'elles font des pouvoirs qui leur sont conférés.

A toutes ces instances, on peut ajouter des **organes internes aux entreprises** dédiés au recueil des plaintes. L'instauration de tels organes est fortement encouragée par le Guide méthodologique du DDD. Une fiche 20 est ainsi consacrée à la mise en place de cellules d'écoute et de traitement des plaintes et des réclamations en matière de discrimination, en s'efforçant de leur donner une place au sein des dispositifs existants. Le Guide suggère de procéder à une *externalisation de la cellule d'écoute et de traitement des réclamations*<sup>34</sup>. Ce type d'instance est bien connu des sociologues nord-américains, qui y ont consacré de nombreuses études<sup>35</sup>, notamment sur l'incidence qu'elles pouvaient avoir sur les résultats obtenus devant les tribunaux<sup>36</sup>.

En définitive, en-dehors de la Halde/Défenseur des droits, on sait très peu de choses du fondement et de l'ampleur des réclamations formées auprès de ces différentes instances dans le domaine des discriminations et de l'égalité<sup>37</sup>. Le bilan des connaissances est-il meilleur s'agissant du recours aux tribunaux ? On va le voir, même si les chemins d'accès aux décisions ont été récemment aménagés, les emprunter n'est pas une mince affaire, et la production de données reste à construire.

---

<sup>33</sup> « Les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peuvent exercer en justice toutes actions résultant de l'application des dispositions du chapitre II. Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou d'un salarié dans les conditions prévues à l'article L. 1134-1 sous réserve de justifier d'un accord écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment. »

<sup>34</sup> « De plus en plus d'organismes privés et publics mettent en place des cellules d'écoute et de traitement des plaintes et réclamations en matière de discrimination, parfois appelées également « dispositifs d'alerte professionnelle dédiés aux discriminations ». (...) Il s'agit d'outils mis à la disposition des salariés et des candidats pour les inciter, en complément des voies « classiques », à signaler à leur employeur des faits de discriminations dont ils pensent être victimes ou dont ils sont témoins. Certains employeurs ont mis en place des dispositifs informatisés notamment dans la perspective d'une labellisation. Pour autant, ces dispositifs sont facultatifs et complémentaires. Les voies classiques doivent être privilégiées, notamment le recours aux délégués du personnel conformément aux dispositions de l'article L. 2313-2 du code du travail. »

<sup>35</sup> The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth Author(s): Lauren B. Edelman, Christopher Uggen, Howard S. Erlanger Source: The American Journal of Sociology, Vol. 105, No. 2 (Sep., 1999), pp. 406-454 Published by: The University of Chicago Press: <http://www.jstor.org/stable/2991>

<sup>36</sup> « When Organizations Rule: Judicial Deference to Institutionalized Employment Structures », February 11, 2008, 1 Lauren B. Edelman, University of California-Berkeley Linda H. Krieger, University of California-Berkeley and the University of Hawai'i, Mānoa Scott R. Eliason, University of Minnesota Catherine R. Albiston, University of California-Berkeley Virginia Mellema, Equal Employment Opportunity Commission

<sup>37</sup> On ne peut que saluer à cet égard l'initiative de la Mission de recherche droit et justice, qui a lancé en juin 2013, en partenariat avec le Défenseur des droits, un appel d'offres sur « Le principe de non-discrimination à l'épreuve du droit et des institutions chargées de sa mise en œuvre ».

**B : « Aller en justice »**

En arrière-plan des instances dédiées à la réception des plaintes, les tribunaux constituent un lieu transversal de traitement des revendications. On peut même considérer qu'en raison de leur généralité, les procédures juridictionnelles constituent un des principaux leviers d'action du droit des discriminations et de l'égalité. En effet, il faut le rappeler, ce droit a pour particularité de laisser au juge « l'entière liberté de décider de la portée de certaines de ses dispositions »<sup>38</sup>. La complexité même d'un corpus de règles où se chevauchent les règles spéciales et générales puisant leur source dans le droit international, européen et national, et objet de multiples interprétations juridictionnelles, devrait attirer l'attention sur les forums quotidiens où s'interprète et s'applique un droit auquel a été attribué la lourde tâche d'identifier et de corriger les différences illégitimes.

Pourtant, malgré leur intérêt, les actions judiciaires dans le domaine des discriminations et de l'égalité sont les moins bien observées. A la décharge des chercheurs, il faut reconnaître que les actions ne sont pas aisément identifiables par les systèmes statistiques à ce niveau de détail. En-dehors des statistiques de condamnations pénales répertoriées par le casier judiciaire et publiées annuellement. Surtout, on ne sait rien de la place que les tribunaux occupent au sein des « filières » de réclamation, alors qu'il s'agit là d'une donnée importante pour comprendre les ressorts de l'action revendicative. Seule l'observation empirique des procédures peut permettre de prendre la mesure des choix d'action, de leurs fondements, et de leur aptitude à exercer une influence sur les situations concrètes.

C'est cette voie que nous avons voulu emprunter, en proposant une étude du contentieux des discriminations et de l'égalité devant les cours d'appel. Cette étude poursuit deux objectifs :

1. Le premier objectif est descriptif: il s'agit de rendre compte des *schémas d'actions dans lesquels s'inscrivent les demandes*. Ces schémas seront comparés aux droits ouverts en matière de discrimination, d'égalité salariale, et d'égalité de traitement, pour *mettre en évidence les choix et les non-choix*. Il s'agit également de rendre compte des *modèles de preuve* proposés. Il s'agit enfin de mesurer le *degré de réussite de ces actions*, devant les premiers juges et en appel.
2. Le deuxième objectif est explicatif: il s'agit de comprendre les trajectoires d'actions, à l'aide des variables de situation (fondements de l'action, type de litiges, d'entreprise, caractéristiques des salariés etc.). L'intérêt principal de ce questionnement est d'introduire un *ordre juridique empirique*, différent de l'ordre classificatoire proposé par la jurisprudence et la doctrine. Seule

---

<sup>38</sup> Nathalie Ferré, « La construction juridique des discriminations », Sociétés contemporaines, La construction des discriminations, n° 53, 2004, p. 44.

la recherche permet d'observer la manière dont les acteurs se fraient un chemin dans les catégories proposées par le droit. On le verra, les frontières sont poreuses entre des catégories nettement distinguées par la dogmatique<sup>39</sup>, et notamment la distinction jugée « radicale » entre discrimination et atteinte au principe « travail égal... »<sup>40</sup>, ou sur la charge de la preuve<sup>41</sup>. Sous l'effet du travail du procès, les multiples motifs de discrimination, le principe de salaire égal à travail égal ou de valeur égale, le principe d'égalité de traitement, perdent de leur identité, et forment des configurations composites d'où surgissent parfois des particules nouvelles, comme celle de « discrimination salariale », ou « d'inégalité discriminatoire », inconnues de la doctrine.

---

<sup>39</sup> Même si elle reconnaît que les principes doivent être articulés. V. sur ce point Christophe Radé, *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise*, Ed.liaisons, 2011, n° 215.

<sup>40</sup> Ce travail de distinction est inhérent à la démarche dogmatique d'interprétation et de mise en ordre du droit. Ainsi, le conseiller Béraud pouvait-il commencer un propos sur l'égalité en soulignant que « le principe d'égalité et la prohibition des discriminations sont souvent confondus (...), qu'il est vrai que les deux notions sont proches (...) mais qu'il est tout aussi vrai que ces notions sont investies de spécificités fortes qui interdisent leur confusion. » V. « Les rencontres de la chambre sociale de la cour de cassation - mars 2011. Temps de travail et articulation des sources, égalité de traitement, ruptures collectives pour motif économique, loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociales », *Dalloz* 2011, p. 57.

<sup>41</sup> Ainsi, du point de vue pratique, la différence des modes de preuve des discriminations (articles L.1134-1 et L.1144-1 C. trav.), et du principe d'égalité (fondé sur l'art. 1315 C. civ.), semble bien tenue. D'un côté, on demande que les intéressés « présentent des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination » et que le défendeur « prouve que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »; de l'autre, on demande que « le salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal salaire égal » soumette au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, tandis qu'il « incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence ». Soc. 28 septembre 2004, n° 03-41.826, *Bull. civ. V*, n° 228.



## Chapitre 2 : Des fondements pour agir<sup>42</sup>

▣ Morgan Sweeney

Les expressions de l'idée d'égalité en droit, comme les motifs de discrimination, sont multiples et variés. Mais les « foyers » de variabilité varient selon qu'il s'agit d'égalité ou de discrimination.

1. L'égalité s'exprime au travers de différents *principes* (principe d'égalité, principe d'égalité de traitement, principe « à travail égal, salaire égal », etc.), qui résultent tant de la lettre de la loi que de l'interprétation jurisprudentielle. Ainsi, l'article L.2271-1 du Code du travail dispose que la commission nationale de la négociation collective a pour mission de « *suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe " à travail égal salaire égal ", du principe de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et du principe d'égalité de traitement entre les salariés sans considération d'appartenance ou de non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, ainsi que des mesures prises en faveur du droit au travail des personnes handicapées, de constater les inégalités éventuellement persistantes et d'en analyser les causes. La Commission nationale a qualité pour faire au ministre chargé du travail toute proposition pour promouvoir dans les faits et dans les textes ces principes d'égalité* ». Par ailleurs, il existe des dispositions particulières relatives à l'égalité : ainsi, les salariés en contrat à durée déterminée doivent percevoir une rémunération qui « *ne peut être inférieure au montant de la rémunération que percevrait dans la même entreprise, après période d'essai, un salarié bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée de qualification professionnelle équivalente et occupant les mêmes fonctions* »<sup>43</sup>. Certaines règles d'égalité de traitement ne disent pas leur nom : l'article L.1233-5 C. trav., en énonçant les critères que l'employeur doit prendre en compte dans la fixation de l'ordre des licenciements, lui prescrit d'appliquer les mêmes règles de sélection pour déterminer les salariés qui seront licenciés.

Face à ce dédale d'expressions de l'égalité en droit du travail, il n'est pas toujours aisé de déterminer laquelle est la plus pertinente pour fonder une action en justice. D'autant que certaines expressions de l'égalité ont une valeur constitutionnelle, d'autres européenne (du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne) ou simplement législative. Assurément, choisir le fondement adéquat contre une inégalité nécessite une maîtrise de la hiérarchie et de l'articulation entre les normes. En particulier, les expressions de l'égalité en droit constitutionnel ou européens peuvent être utilisées pour *écarter* des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles, ce qui contribue à « construire » le droit, et pas seulement à l'appliquer<sup>44</sup>. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes, par un arrêt du 29 novembre 2001<sup>45</sup>, affirme que le principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes s'oppose à ce qu'une bonification pour le calcul d'une pension de retraite accordée aux personnes qui ont assuré l'éducation de leurs enfants soit réservée aux femmes alors que les hommes qui ont assuré l'éducation de leurs enfants seraient exclus de son bénéfice. Cette jurisprudence européenne a remis en

---

<sup>42</sup> Cette étude a été réalisée par Morgan Sweeney dans le cadre du post-doctorat financé par le contrat de recherche.

<sup>43</sup> Article L.1242-15 C.trav., qui vaut transposition de la directive 1999/70 du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. Des règles d'égalité similaires existent pour les salariés de travail temporaire et à temps partiel.

<sup>44</sup> Nous verrons dans le deuxième chapitre des exemples de cette « construction judiciaire » des droits.

<sup>45</sup> CJCE 29 novembre 2001, Joseph Griesmar contre Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, Aff. C-366/99, Rec. 2001 I-09383. Sur les conséquences judiciaires, v. troisième partie, chapitre 1.

cause nombre de systèmes de pension de retraite en droit interne<sup>46</sup>.

2- Les motifs de variation des règles de non-discrimination sont d'une autre nature, et tiennent à la logique d'énumération qui guide leur construction. En effet, les règles de non-discrimination s'expriment sous forme de prohibition de recourir à certains critères pour fonder juridiquement une décision<sup>47</sup>. La non-discrimination a souvent été présentée comme « l'envers » ou le revers « négatif » de l'égalité<sup>48</sup>. Si les dispositifs antidiscriminatoires puisent indéniablement leurs racines dans l'idée d'égalité<sup>49</sup>, ils présentent la nouveauté de s'attacher aux motifs<sup>50</sup> du détenteur du pouvoir dans l'exercice de ses fonctions, sans embrasser dans un principe général l'ensemble des critères de distinction.

Égalité et discrimination forment des corpus de règles bien distincts, les premiers s'exprimant sous forme de principes (section 1), les seconds s'exprimant sous forme de motifs spécifiques qui connaissent un développement très rapide ces dernières années (Section 2), sous la pression des demandes spécifiques de protection (Section 3).

### **Section 1 : L'expression des droits sous forme de principes**

La doctrine juridique considère généralement que les principes normatifs ont un caractère transcendant, idéal et absolu. Ils visent à combler les lacunes de la loi dans un droit incomplet. Toutefois, l'égalité est rappelée par tant de textes juridiques, et de tant de niveaux différents, qu'une telle conception ne serait être soutenue : nulle incomplétude du droit en la matière<sup>51</sup>. De surcroît, des dispositions législatives rappellent elles-mêmes ces principes<sup>52</sup>. Dès lors, quelle fonction la formulation principielle de l'égalité peut-elle avoir en droit ? La définition de la teneur des principes est l'œuvre des juges essentiellement. L'étude des décisions des « juridictions suprêmes » (Cour de cassation, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour européenne des droits de l'Homme et Cour de Justice de l'Union européenne), dont les décisions tiennent lieu de jurisprudence<sup>53</sup>, montre que si l'égalité est le lieu de prédilection d'expression des principes (A) les discriminations peinent à s'exprimer sous cette forme (B).

---

<sup>46</sup> Pour une analyse complète de cette situation, voir en troisième partie le chapitre 1 sur le « genre ».

<sup>47</sup> D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.* 1987, p.778.

<sup>48</sup> Voir par exemple M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p.37.

<sup>49</sup> Au point que le principe d'égalité et la non-discrimination trouvent un fondement dans le même texte, voir par exemple l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

<sup>50</sup> D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », précité.

<sup>51</sup> Dans le même sens cf. « Le principe de droit, le principe en droit », P. Morvan, <http://patrickmorvan.over-blog.com/article-6469413.html>.

<sup>52</sup> Voir l'article L.1242-15 du Code du travail précité.

<sup>53</sup> Au sens de source du droit. V. sur ce point Evelyne Serverin, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, sept. 1985 (avec le concours du CNRS).

## A : Diversité des principes d'égalité

En matière de « principe d'égalité », les juridictions suprêmes usent de différentes expressions qui leur sont propres. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel visent le « principe d'égalité » (1). La CJUE<sup>54</sup> et la chambre sociale de la Cour de cassation font référence au « principe d'égalité de traitement » (2).

### 1. Un principe général d'égalité

Le principe d'égalité puise ses racines dans les idées qui ont inspiré la Révolution française<sup>55</sup>. Depuis lors, il a été constamment affirmé dans les textes des préambules et des Constitutions successifs, si bien que les juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre constitutionnel disposent aujourd'hui d'une palette très large de références à l'exigence d'égalité<sup>56</sup>. Ainsi, ces références figurent-elles aussi bien dans la Constitution de 1958 et son préambule<sup>57</sup>, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>58</sup> et dans le préambule de la Constitution de 1946<sup>59</sup>. Le Conseil Constitutionnel est donc confronté à une multitude de références à l'égalité, qui parfois confine au bégaiement<sup>60</sup>. Néanmoins, le Conseil constitutionnel fonde rarement ses décisions directement sur ces textes<sup>61</sup>, et certains ne sont du reste jamais invoqués<sup>62</sup>. Seuls quatre textes servent de fondement direct à certaines décisions : les articles

---

<sup>54</sup> Voir par exemple C.J.C.E, 14 décembre 2007, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, aff. 481/2006, Rec. 2007 p. I-00193, point 13.

<sup>55</sup> Voir François Furet, *Penser la Révolution française*, Gallimard, Paris, 1978, réédition Folio histoire, 1985 ; Dictionnaire critique de la Révolution française, François Furet et Mona Ozouf (sous la direction de), Paris, 1988. Voir les thèses de S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Economica- PUAM, 1995 et de R. Debbasch *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, Paris, 1988.

<sup>56</sup> Ces textes visent notamment l'égalité devant la loi, les charges publiques, dans les emplois publics. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a même étoffé cette liste d'expressions spécifiques du principe d'égalité : notamment, en matière de représentation des salariés (C.const. 77-79 D.C. - 05 juillet 1977 - Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale; C.const. 80-128 D.C. - 21 janvier 1981 - Loi relative au travail à temps partiel; C.const. 83-162 D.C. - 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public et dans l'attribution des prestations sociales (C.const. 89-269 D.C. - 22 janvier 1990 - Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé; C.const. 98-404 D.C. - 18 décembre 1998 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999; C.const. 99-416 D.C. - 23 juillet 1999 - Loi portant création d'une couverture maladie universelle.

<sup>57</sup> Le principe d'égalité y est mentionné ou évoqué dans les articles suivants : articles 2, 3 et 4 de la Constitution de 1958.

<sup>58</sup> Le principe d'égalité y est mentionné ou évoqué dans les articles suivants : articles 1er, 6, 10, 11 et 13 de la D.D.H.C. de 1789.

<sup>59</sup> Le principe d'égalité y est mentionné ou évoqué dans les alinéas suivants : alinéas 1, 3, 12, 13, 16 et 18 du Préambule de 1946.

<sup>60</sup> Par exemple, le Préambule de la Constitution de 1946 interdit toute distinction sur la race, interdiction répétée dans le préambule de la constitution de 1958. Néanmoins, l'affirmation dans le texte de 1946 a une valeur historique indéniable : elle rappelle l'unicité du genre humain en réaction aux politiques xénophobes menées durant les années 1930 et durant la Seconde Guerre mondiale. Au même titre d'ailleurs que le statut de la fonction publique de 1946 qui remplace celui de 1941.

<sup>61</sup> Il est remarquable néanmoins que dans les premières questions prioritaires de constitutionnalité qui ont trait au principe d'égalité, le Conseil se fonde sur l'article 6 de D.D.H.C., cf. C.const. 2010-8, Q.P.C. du 18 juin 2010, Époux L., J.O. du 19 juin 2010, p. 11149 ; C.const. 2010-2, Q.P.C. du 11 juin 2010, Mme Vivianne L., J.O. du 12 juin 2010, p. 10847 ; C.const. 2010-1, Q.P.C. du 28 mai 2010, Consorts L., J.O. du 29 mai 2010, p. 9728 ; C.const. 2010-3, Q.P.C. du 28 mai 2010, Union des familles en Europe, J.O. du 29 mai 2010, p. 9730.

<sup>62</sup> Il en est ainsi par exemple de l'article 1er de la Déclaration de 1789, contrairement au Conseil d'État qui l'a invoqué à plusieurs reprises dans sa jurisprudence, comme dans C.E., 19 décembre 1994, req. n°76459, inédit. Nous pouvons ajouter que

6 et 13 de la Déclaration de 1789<sup>63</sup> ou les articles 1<sup>er</sup> et 3 de la Constitution de 1958<sup>64</sup>. Le Conseil constitutionnel ne fait référence à un texte du bloc de constitutionnalité que lorsqu'il est confronté à des matières spécifiques, comme la parité des hommes et des femmes<sup>65</sup> ou la reconnaissance des langues régionales<sup>66</sup>. Depuis la décision du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la Caisse Nationale de Crédit Agricole*<sup>67</sup>, le Conseil constitutionnel, le plus souvent, ne se fonde pas sur l'un de ses textes, mais invoque directement le principe d'égalité. Celui-ci est dorénavant formulé dans une formule très générale, maintes fois reprise, et qui trace les limites des distinctions légitimes :

« le principe d'égalité ne s'oppose pas 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 pourvues que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement soit en rapport avec la loi qui l'établit ».

Les juridictions administrative et constitutionnelle attribuent au principe d'égalité une valeur toujours supérieure aux normes qu'elles contrôlent. Le principe d'égalité constitue alors une limitation générale et constante de l'exercice des pouvoirs législatif et réglementaire.

Le principe d'égalité, tel que conçu par les deux juridictions de l'ordre administratif, laisse le choix aux pouvoirs normatifs de décider entre un traitement identique le plus général possible qui, dans son approche formelle, sera toujours conforme au principe d'égalité et une différence de traitement qui ne sera conforme qu'à condition que les situations visées soient différentes. C'est sur le choix de cette deuxième branche de l'alternative que les juges exercent leur contrôle<sup>68</sup>, le choix de la norme générale constituant la meilleure garantie du respect de l'égalité<sup>69</sup>. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « la règle générale, du seul fait de sa généralité, est tenue pour quitte, vis-à-vis des exigences constitutionnelles »<sup>70</sup>. De même, dans la jurisprudence du Conseil d'État, si la règle est la même pour tout, le motif tiré de la rupture d'égalité est inopérant<sup>71</sup>.

Les deux juridictions refusent ainsi de tenir compte de situations particulières qui pourraient justifier l'application d'un régime différent<sup>72</sup>. Leur déférence à l'égard du caractère général de la règle aboutit à ce que le traitement identique de situations différentes ne puisse constituer en aucun cas une

---

le principe d'égalité pourrait trouver un fondement dans l'article 34 de la Constitution, qui détaille le domaine de compétence du législateur, dans lequel figurent les libertés publiques et les « garanties fondamentales ». Mais le Conseil n'a jamais eu recours à un tel fondement.

<sup>63</sup> Par exemple : C.const. 93-320 D.C. - 21 juin 1993 - Loi de finances rectificative pour 1993.

<sup>64</sup> Par exemple : C.const. 98-407 D.C. - 14 janvier 1999 - Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils.

<sup>65</sup> C.const. 2000-429 D.C. - 30 mai 2000 - Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

<sup>66</sup> C.const. 94-345 D.C. - 29 juillet 1994 - Loi relative à l'emploi de la langue française.

<sup>67</sup> C.const. 87-232, du 7 janvier 1988 *Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, R.J.C. I-317.

<sup>68</sup> Seules les différences de traitement sont contrôlées au regard de l'égalité cf. C.E. 22 mars 1950, *Société des ciments français*, rec. p. 175 et C.E. 13 février 1970, *Dame Vigan et autres*, R.D.P. 1970, p. 401, concl. Théry.

<sup>69</sup> D'ailleurs, G. Vedel soulignait « L'égalité de Rousseau est la clef de l'infailibilité, et de l'immaculée conception de la loi » : G. Vedel, « L'égalité », in *La Déclaration des droits de l'homme de 1789, ses origines, sa pérennité*, La documentation française, 1990, p. 171.

<sup>70</sup> P. Giro, « Égalité devant la loi », in O. Duhamel et Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 355.

<sup>71</sup> C.E. 17 janvier 1990, *Association des centres distributeurs Édouard Leclerc*, Req. n°86166.

<sup>72</sup> Ainsi, le législateur peut poser les mêmes limitations au cumul d'emplois et de retraites à ceux qui bénéficient d'une pension à taux partiel que ceux qui bénéficient d'une pension à taux complet, cf. C.const. 85-200 D.C. - 16 janvier 1986 - Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité J.O. du 18 janvier 1986, p. 920.

violation du principe d'égalité. C'est ce que le Conseil constitutionnel a affirmé à plusieurs reprises : « ... le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles »<sup>73</sup>.

Toutefois, les deux juridictions déclinent le principe d'égalité de manière différente selon le domaine dans lequel il est appliqué ou la nature du droit ou de l'avantage en jeu. Elles distinguent ainsi le principe d'égalité devant les charges publiques<sup>74</sup>, et devant le service public<sup>75</sup>, du principe de l'égalité d'admissibilité aux emplois publics<sup>76</sup>, etc. Cette variation terminologique et substantielle a inspiré à Jean Rivero cette métaphore de la cathédrale, où le principe d'égalité « s'épanouit et se diversifie... en un bouquet de nervures dont chacune, supporte sa part de la voûte »<sup>77</sup>. Sous l'énoncé général sous forme principielle, se cache une multiplicité d'expressions du principe d'égalité.

Par delà cette diversité, le Conseil constitutionnel admet néanmoins la conformité au principe d'égalité de certaines politiques préférentielles, consistant à accorder des avantages à des catégories déterminées de personnes, et mettant en œuvre l'adage ancien selon lequel « les inégalités servent l'égalité »<sup>78</sup>. Dès lors, il ne s'agit plus tellement de l'égalité devant la règle de droit (qui refuse de prendre en considération la situation personnelle de chacun) ou de l'égalité dans la règle de droit (lorsque l'institution investie du pouvoir choisit de prendre en compte les situations de chacun), mais de l'égalisation par la règle de droit<sup>79</sup>, inspirée d'une vision plus « concrète » et « correctrice », d'une philosophie redistributive. Le principe d'égalité s'inscrit alors dans des justifications moins individualistes et plus collectives, particulièrement prégnantes dans le droit à l'emploi et dans les politiques en faveur de populations « cibles »<sup>80</sup>. Ces dispositifs, fondés sur la prise en compte d'intérêts collectifs supérieurs aux seuls intérêts individuels, peuvent dans tous les cas, se réclamer de l'intérêt général<sup>81</sup> et être ainsi légitimés<sup>82</sup>.

La matière économique et sociale est, avec le droit fiscal<sup>83</sup>, le terrain privilégié de l'égalité par la règle de droit.

Le souci des juridictions de ne pas entraver l'action des pouvoirs publics est un élément remarquable et saillant de leurs jurisprudences respectives. Ainsi, elles ont su faire coexister une exigence (originelle) d'égalité, fondée sur la généralité et l'abstraction, et une exigence d'égalité concrète, plus récente, dont

---

<sup>73</sup> Voir par exemple C.const. 80-128 D.C., du 21 janvier 1981, Travail à temps partiel, rec. p. 29.

<sup>74</sup> P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, Thèse, L.G.D.J., 1969.

<sup>75</sup> C. const. D.C. n°2009-584, 16 juillet 2009.

<sup>76</sup> C. const. D.C. n°2010/20-21, 6 août 2010, M. Jean C. et autres, J.O. 7 août 2010, p.14615.

<sup>77</sup> cf. J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Dalloz, travaux de l'association Henri Capitant, (t. XIV, 1961-1962), 1966 p. 349, L'égalité a également été décrite comme un « principe-gigogne », cf. F. Miclo, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », A.J.D.A. 1982, p.115.

<sup>78</sup> D. Rousseau, Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie, Descartes et Cie, 1996, p. 183.

<sup>79</sup> Cette « trinité » de l'égalité est de J. Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », ibid, p. 349.

<sup>80</sup> Voir à ce propos E. Durlach-Vallerin, Droit à l'emploi et droit du travail, Thèse de doctorat, Université de Paris-Nanterre, 2006, p. 171 et s.

<sup>81</sup> Si jamais la différence de situation n'est pas suffisante à justifier la distinction à l'œuvre.

<sup>82</sup> Voir, en particulier, les décisions propres aux dispositifs fondés sur l'âge qui, sans s'attarder sur le travail de comparaison, affirment qu'ils sont justifiés par l'intérêt général ; voir parmi d'autres cf. C. const.81-134 D.C. - 5 janvier 1982 - Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social.

<sup>83</sup> P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, Op cit.

l'appréciation repose sur les situations de « fait ». Cette seconde exigence n'oblige pas les détenteurs de pouvoirs à opérer des distinctions, mais permet de valider les distinctions qu'ils ont choisi d'opérer. Dès lors, un glissement s'opère : l'exigence d'égalité, qui originellement vise à encadrer l'activité normative en prohibant les privilèges, devient une justification, un objectif de l'action publique.

La consécration d'un principe d'égalité de traitement est le signe, au contraire, d'un contrôle moins déférent vis-à-vis du pouvoir contrôlé.

## 2. Le principe d'égalité de traitement

La formulation « principe d'égalité de traitement » peut étonner. A l'analyse, il apparaît que l'adjonction du substantif « traitement » vise à le distinguer du principe d'égalité « tout court », tel que reconnu par les juridictions administratives et constitutionnelles françaises<sup>84</sup>. Un traitement peut être défini comme « *manière d'agir avec « quelqu'un »* »<sup>85</sup>. En droit, il renvoie à toute action dont une personne juridique<sup>86</sup> est l'objet. Le terme volontairement large ou souple présente l'avantage de recouvrir un spectre fort étendu d'actions qui peut concerner tant les actes juridiques que les décisions, voire un comportement<sup>87</sup>.

Le principe d'égalité de traitement se distingue du principe d'égalité « tout court » par la nature de son contrôle, qui s'opère *in concreto* et non *in abstracto*, comme dans le cas d'application des normes impersonnelles et générales.

La chambre sociale de la Cour de cassation a dans un premier temps consacré le principe « à travail égal, salaire égal » dans l'arrêt Ponsolle<sup>88</sup>. Puis, par une interprétation inductive, elle a dégagé le principe d'égalité de traitement, qui est désormais directement mentionné en tant que tel dans les visas des arrêts<sup>89</sup>, à l'exclusion d'autres fondements.

Pour l'application de ce principe, la Cour de cassation confère aux juges du fond mission de « *contrôler concrètement la réalité et la pertinence* »<sup>90</sup> de la justification de la distinction, la *réalité* concernant les motifs qui ont véritablement fondé la décision<sup>91</sup>, la *pertinence* s'attachant à l'adéquation de ces motifs au regard de l'objet de l'avantage<sup>92</sup>.

Cette nouvelle exigence de pertinence appelle incontestablement un examen approfondi du critère

---

<sup>84</sup> D'autant plus que la chambre sociale dans un arrêt Cégélec du 29 mai 2001, a fait application du principe d'égalité constitutionnel (arrêt au visa des 1, 5, 6, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), alors qu'elle vise habituellement le principe d'égalité de traitement sans autre référence.

<sup>85</sup> Voir le Trésor de la Langue Française informatisé, cf. <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

<sup>86</sup> Si le principe d'égalité de traitement en droit social est appliqué dans la très grande majorité des arrêts aux travailleurs, la chambre sociale l'applique également aux organisations syndicales, cf. Soc. 29 mai 2001, Bull. V 2001, n° 185 p. 146, préc. La C.J.U.E. applique le principe également aux personnes morales, notamment en matière de politique agricole et de droit de la concurrence cf. C.J.C.E. 19 octobre 1977, Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG contre Hauptzollamt Itzehœ, Aff. jointes 117-76 et 16-77, Rec. 1977 p. 1753.

<sup>87</sup> Le comportement peut être défini comme la manière d'être ou d'agir d'une personne, considérée dans son ensemble (Trésor de la langue française informatisée, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>). La référence au comportement suppose de ne pas considérer une action isolément, mais de prendre en compte plusieurs actions. Ainsi, un comportement discriminatoire à l'encontre d'un salarié, mandaté syndical, pourra être démontré par l'évolution de carrière de celui-ci.

<sup>88</sup> Soc., 29 octobre 1996.

<sup>89</sup> Soc., 30 janvier 2008, n° de pourvoi: 06-46447. Le principe a néanmoins fait sa première apparition dans l'arrêt Soc. 16 mai 2007, D. 2007, Pan. 3035, obs. A. Jeammaud, dont l'espèce est relative à la réduction du temps de travail.

<sup>90</sup> Soc., 15 mai 2007, Bull. 2007, V, n° 75.

<sup>91</sup> Qui pourrait bien être une obligation de véracité.

<sup>92</sup> Celle-ci pourrait constituer une obligation de « rationalité renforcée ».

invoqué et semble impliquer l'existence d'un lien « réel » entre la justification invoquée et la différence de rémunération<sup>93</sup>. La Cour de cassation elle-même, dans son rapport annuel pour 2008<sup>94</sup>, souligne que se profile sous cette exigence de pertinence « *un contrôle de proportionnalité de la disparité au regard des raisons invoquées* »<sup>95</sup>.

Pour autant, un tel contrôle n'implique pas une substitution de l'appréciation du juge à celle de l'employeur, mais suppose une approche purement casuistique, chaque acte pouvant connaître des finalités propres (à condition d'être licite), et donc des justifications spécifiques.

La Cour de Justice de l'Union européenne vise également le principe d'égalité de traitement, avec cependant une autre acception que la jurisprudence sociale de la Cour de cassation. Ce principe d'égalité de traitement s'est inséré dans la hiérarchie des normes de l'Union européenne<sup>96</sup>, pour faire entrer dans sa sphère d'influence les règles de non-discrimination en leur conférant le caractère de droit fondamental. Ainsi, la reconnaissance du principe d'égalité de traitement a justifié l'élaboration et l'application de la discrimination indirecte<sup>97</sup>, et a permis de justifier le plus grand rayonnement conféré aux règles de non-discrimination communautaires<sup>98</sup>. En droit de l'Union européenne, il a une fonction palliative<sup>99</sup> ou supplétive<sup>100</sup>, c'est-à-dire qu'en fonction de l'état d'intégration des politiques européennes dans le domaine en cause, selon que le droit communautaire remplit une fonction d'unification, d'harmonisation ou de coordination, le principe sera appliqué avec plus ou moins d'intensité<sup>101</sup>.

Le principe tend aujourd'hui à s'émanciper du droit de la non-discrimination pour fonctionner de manière autonome. La CJUE a récemment fait application du principe d'égalité de traitement en matière sociale, en dehors des directives relatives à la non-discrimination, dans un cas concernant le bénéfice de congés supplémentaires pour des parents d'enfants jumeaux peuvent<sup>102</sup>. Les juges européens ont tout d'abord relevé la différence de situation entre parents d'enfants jumeaux et ceux d'enfants nés seuls<sup>103</sup>. Même si la réglementation européenne ne prévoit pas de congés parentaux spéciaux en cas de naissances multiples, les juges européens décident qu'il appartient néanmoins « *au législateur national de mettre en place un régime de congé parental qui... assure aux parents de jumeaux un traitement qui tienne dûment*

---

<sup>93</sup> T. Aubert-Monpeyssen « Que peut-on attendre du principe « à travail égal, salaire égal » ?, RDT 2007 p. 632.

<sup>94</sup> « Les discriminations dans la jurisprudence de la cour de cassation », Rapport de la Cour de cassation, 2008.

<sup>95</sup> Rapport précité p. 88.

<sup>96</sup> À propos des débats sur l'existence d'une hiérarchie des normes et le droit communautaire, voir par exemple P. Cassia et T. Olson, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, coll. Droit et Justice, P.U.F., Paris, 2006 ; voir également les conclusions du commissaire du gouvernement M. Guyomar dans l'arrêt C.E., Ass., 30 octobre 2009, Mme Perreux, req. n° 298348, R.F.D.A. 2009, p.1125.

<sup>97</sup> Arrêt CJCE 12 février 1974, Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Aff. 152/73, Rec. 1974 page 153 ; points 4 et 10 à 13.

<sup>98</sup> Voir CJCE 22 novembre 2005, Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Aff. C-144/04, Rec. 2005 page I-9981.

<sup>99</sup> R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003, §63.

<sup>100</sup> Voir pour le secteur économique : « Le principe d'égalité de traitement en droit économique communautaire », G. Apollis, R.M.C., 1980, p. 76.

<sup>101</sup> Ceci explique que la jurisprudence relative aux droits sociaux des travailleurs migrants est plus tardive, car notamment en matière de Sécurité sociale, il s'agit d'une politique de coordination et non d'unification.

<sup>102</sup> CJUE 16 sept. 2010, aff. C-149/10 ; A. Gardin, « L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale », RJS 2011. 6.

<sup>103</sup> Car le développement de manière parallèle des jumeaux « implique des effets de synergie et que, par conséquent, la tâche que représente leur éducation n'est pas nécessairement comparable à celle que requiert l'éducation de deux enfants d'âges différents ».

*compte de leurs besoins particuliers* ». Le principe d'égalité permet ainsi de compléter la législation européenne en obligeant les autorités nationales à mettre en place des dispositifs adaptés.

Plus encore, dans cet arrêt, la Cour fait application d'une conception « bilatérale » de l'égalité, c'est-à-dire que l'égalité est violée non seulement lorsque les personnes dans des situations analogues subissent des traitements différents, *mais également lorsque des personnes dans des situations différentes sont traitées de manière identique*<sup>104</sup>. Cette dernière dimension n'est jamais reconnue par les juges français (quel que soit l'ordre juridique). Autrement dit, la Cour de cassation et la CJUE ne donnent pas la même définition du « principe d'égalité de traitement ».

En conclusion, il apparaît que les principes d'égalité et d'égalité de traitement induisent des contrôles différents des juridictions. Cette variété peut s'expliquer par l'objet du contrôle des différentes juridictions : le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel contrôlent la production normative étatique ; les Cours européennes, la conformité des droits internes aux droits européens et la Cour de cassation, les actes de l'employeur (pour l'essentiel). Les principes d'égalité varieraient selon les domaines, les droits ou avantages en jeu, mais également selon l'auteur de l'acte contrôlé.

Quoi qu'il en soit, on peut dire que l'égalité est pleinement consacrée comme « principe » par les différentes jurisprudences. En revanche, l'existence d'un principe de non-discrimination est sujette à caution.

### ***B : L'absence d'un principe général de non-discrimination***

Hormis la CJUE, aucune autre juridiction suprême ne reconnaît de principe de non-discrimination, à vocation générale<sup>105</sup>. Cette absence nous paraît tenir à deux raisons principales. Tout d'abord, la non-discrimination est avant tout « *affaire de motif* » de l'acte ou de l'agissement<sup>106</sup>. La Constitution, la loi ou les textes européens<sup>107</sup> affirment que le recours à certains critères est en soi arbitraire et ne peut valablement fonder une décision<sup>108</sup>. Ils ne visent que le recours à certains critères, préalablement identifiés. Comme l'écrit A. Jeammaud, « *l'affirmation de la positivité d'une telle norme [un « principe de non-discrimination »] ne pourrait résulter, en logique, que d'une induction amplifiante à partir de leur rapprochement. Nous voyons mal, toutefois, en quoi pourrait consister un « principe de non-discrimination » sans autre précision, c'est-à-dire sans énumération des motifs transformant une distinction, décision ou pratique en discrimination. Tout au plus pourrait-on affirmer la positivité, en droit français, d'un « principe de non-discrimination en raison du sexe », ou de quelques autres motifs*

---

<sup>104</sup> D. Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 210. La bilatéralité de l'égalité est également consacrée par la CEDH, cf. CEDH 6 avr. 2000, req. n° 34369/97 ; JCP 2001. I. 291, n° 42, obs. F. Sudre ; RTD civ. 2000. 433, obs. J.-P. Marguenaud.

<sup>105</sup> CJUE 13 avril 2010, Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. contre Gouvernement de la Communauté française, Aff.C-73/08, Rec. 2010. L'expression de « principe de non-discrimination » figure dans des arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, mais elle est utilisée alors par ses juridictions soit pour reprendre une expression du législateur, soit pour viser une disposition d'un Traité international, que ce soit l'article 14 de la CESDHLF (voir en dernier lieu C.E. 6 juillet 2010, n° 340848) ou l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (C.E. 30 juillet 2010, n° 316758).

<sup>106</sup> A. Jeammaud, « Le principe d'égalité de traitement des salariés », Dr. Soc. 2004, p.694.

<sup>107</sup> Notamment l'article 14 CESDHLF et les articles 18 et suivants TFUE.

<sup>108</sup> D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », Dr. Soc. 1987, p.778.

dont la « mise hors la loi » par les textes paraît systématique »<sup>109</sup>.

Cette analyse semble pouvoir s'appliquer également aux usages du principe de non-discrimination par la CJUE, qui ne vise un tel principe qu'en le *rattachant* à un motif discriminatoire particulier<sup>110</sup>. Une autre raison milite contre la reconnaissance de la non-discrimination sous la forme principielle. Les auteurs visent à travers l'expression d'un principe de non-discrimination un principe général de prohibition<sup>111</sup>. Le « principe » de non-discrimination serait un principe d'abstention<sup>112</sup> de l'utilisation de certains critères. Autrement dit, il obligerait à un « aveuglement »<sup>113</sup> tenant à certaines caractéristiques, comme le sexe, la couleur de peau... qui ne doivent jamais être prises en considération dans un processus décisionnel. Pourtant, il est difficile d'affirmer aujourd'hui que la non-discrimination se résume à la prohibition. En effet, certaines règles de non-discrimination visent au contraire à obliger le détenteur du pouvoir à *prendre en considération* le trait spécifique, pour fonder une *décision adaptée*. C'est ce qui se passe lorsqu'une *disposition positive* organise un régime spécifique pour ce trait particulier. Il en est ainsi de l'état de santé du salarié. Lorsque ce dernier revient dans l'entreprise après un congé maladie, et que le médecin du travail le déclare inapte à occuper son poste habituel<sup>114</sup>, l'employeur a l'obligation de le reclasser sur un autre poste qui correspond aux recommandations du médecin. Non seulement l'employeur n'est plus tenu d'être « aveugle » sur l'état de santé du salarié<sup>115</sup>, mais il est obligé de le prendre en considération pour appliquer le dispositif spécial<sup>116</sup>. Dès lors que l'économie des règles de non-discrimination ne relève pas d'une même technique, on comprend qu'il soit logiquement impossible de les regrouper sous un même principe.

En conclusion de ce parcours des concepts, on voit que le droit et les juges suprêmes opèrent des distinctions nettes entre les principes relatifs à l'égalité, chacun disposant d'une définition propre, et d'un contrôle particulier. Des distinctions tout aussi nettes marquent le droit antidiscriminatoire.

## Section 2 : L'extension juridique de la lutte contre les discriminations

La liste des motifs discriminatoires, comme ses domaines d'application, n'ont cessé de s'enrichir au fil du temps. Cette diversité se lit dans divers codes, au premier rang desquels le Code pénal et le Code du travail, mais avec des listes qui diffèrent d'un Code à l'autre. Alors que les « principes » d'égalité

---

<sup>109</sup> A. Jeammaud, « Le principe d'égalité de traitement des salariés », préc.

<sup>110</sup> CJCE (grande chambre) 22 novembre 2005, Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Aff. C-144/04, Rec. 2005 p. I-9981.

<sup>111</sup> Voir en particulier en droit pénal, cf. M. Danti-Juan, *L'égalité en droit pénal*, Paris, Cujas, 1987.

<sup>112</sup> Voir R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003.

<sup>113</sup> Nous reprenons ici une expression employée à propos du droit antidiscriminatoire des États-Unis d'Amérique par certains juges ou auteurs de doctrine qui visent une exigence de « color-blindness », c'est-à-dire un « aveuglement à la couleur de peau », critère qui ne doit jamais être pris en considération.

<sup>114</sup> Voir notamment J.-P. Laborde, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991, p.615.

<sup>115</sup> Ce qui lui interdit notamment d'avoir connaissance de la nature de la maladie du salarié. Ainsi, un employeur ne peut recourir à des tests systématiques de dépistage du virus du V.I.H., sur cette question cf. notamment E. Heilmann (dir.), *SIDA et libertés : la régulation d'une épidémie dans un Etat de droit*, Actes Sud, Arles, 1991.

<sup>116</sup> Cette précision est importante car elle encadre la prise en considération de l'état de santé par l'employeur, qui ne jouit pas de liberté dans l'appréciation du caractère plus ou moins grave de l'inaptitude.

peuvent être saisis en compréhension, les discriminations ne peuvent être appréhendées qu'en extension. Pour saisir ce "patchwork" normatif, il est apparu nécessaire de dresser la liste des motifs discriminatoires, en les situant dans leur histoire.

Dans cette perspective nous avons constitué un tableau des différentes normes (essentiellement les Traités internationaux et les lois) qui affirment la lutte contre les discriminations (Figure n°1, en fin de chapitre)<sup>117</sup>. Ce tableau met en évidence un double processus, d'extension des domaines couverts (A), et de diversification des motifs (B)

### ***A : Des domaines en extension***

La figure n°1 permet d'identifier deux périodes distinctes de la consécration des règles antidiscriminatoires. La première (1), à compter de 1919 et le Traité de Versailles, est essentiellement marquée par les Déclarations. Les déclinaisons normatives en droit positif interne tarderont à venir et apparaîtront essentiellement sous l'impulsion du droit communautaire et l'alternance politique en 1981. La consécration de la non-discrimination et l'identification des motifs discriminatoires s'effectuent au plan international, européen et constitutionnel. La seconde période (2), qui commence dans les années 90, est marquée par une forte activité législative: pas moins de 42 textes (sur 70 références), sont édictés en 20 ans.

#### *1. Les premiers pas : le temps des déclarations*

L'ensemble des textes de prohibition de la discrimination, de 1789 à la loi de lutte contre le racisme de 1972 (mise à part les accords de Matignon de 1936), est exclusivement composé de textes internationaux (essentiellement des Traités, hormis les règlements CEE de 1968 et 1971) ou constitutionnels. La non-discrimination fait alors partie des déclarations de principe. Il est remarquable que ces textes ne fassent pas immédiatement l'objet de traduction en droit positif interne. Elle s'impose alors avant tout aux États.

L'apparition du terme « discrimination » ou « discriminatoire » dans les textes internationaux est souvent attribuée aux négociateurs anglophones. Leur démarche était portée sur certains motifs en particulier. Au contraire, les négociateurs français étaient attachés à l'affirmation d'un principe général d'égalité<sup>118</sup>.

Cette divergence entre version anglaise et française a dû être tranchée par la CEDH à l'occasion de l'affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* »<sup>119</sup>. La Cour a tranché en faveur de la version anglaise du texte conventionnel, plus respectueuse de l'exercice des

---

<sup>117</sup> En raison de l'objet de notre recherche, nous avons limité notre champ d'investigation au domaine du droit social au sens large. Le tableau croise les motifs avec les sources (colonne 1). La dernière colonne indique le domaine ou le code dans lequel les textes ont été insérés. Lorsque de nouveaux motifs ont été ajoutés dans une liste existante, nous l'avons signalé par la lettre (a) pour ajout entre parenthèses. Certains motifs font l'objet de variations terminologiques: par exemple, la nationalité est parfois visée au travers de l'expression "origine nationale". Dans ce cas, nous avons choisi de classer le motif dans la colonne "nationalité", l'origine n'étant rapportée qu'à ce seul critère ;

<sup>118</sup> Voir M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976

<sup>119</sup> CEDH 23 juillet 1968, Cour plénière, Arrêt « affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique.

prérogatives des autorités nationales. La notion de « non-discrimination » de l'article 14 ne saurait être assimilée à l'égalité devant la loi ou à l'égale protection de la loi. Ainsi, toutes les distinctions ne sont pas prohibées, seules celles qui sont « discriminatoires » encourent la censure de la Cour. Une distinction n'est pas « discriminatoire » au sens de la Convention, si elle est justifiée de manière objective et raisonnable, autrement dit non arbitraire<sup>120</sup> :

*« Au regard de l'article 14 (art. 14), une distinction est discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" »<sup>121</sup>.*

L'accueil de ces règles s'est effectué plus ou moins aisément selon les cultures juridiques. Le Royaume-Uni et les pays nordiques, qui ont depuis longtemps une législation en la matière, l'ont intégré directement.

Pour la France, cette intégration est d'abord passée par des rapprochements. La Constitution française compte plusieurs occurrences relatives à certains motifs particuliers qui peuvent être rapprochés de la non-discrimination : l'interdiction de distinction fondée « *sur la race, la religion,...* » (Alinéa 1<sup>er</sup>), l'égalité des sexes (Alinéa 3), énoncés dans le préambule de la constitution de 1946. La positivité de ces Déclarations ou préambules des Constitutions françaises successives a longtemps été contestée<sup>122</sup>. Si aujourd'hui ces textes font indubitablement partie du « bloc de constitutionnalité », les juges administratif et constitutionnel se fondent rarement directement sur ces textes, et préfèrent se référer au principe général d'égalité.

C'est sous l'influence du droit communautaire que la non-discrimination a pénétré le droit positif français, mettant un terme à la période des déclarations pour passer à celui d'une forte activité législative et judiciaire.

## *2. Le temps de l'action législative*

Le droit positif français a d'abord été construit sur la pénalisation des discriminations. Ce n'est qu'à compter des lois Auroux qu'un article spécifique (L.122-45) réprimera les discriminations dans l'entreprise en droit du travail.

### *a) Le moment de la pénalisation*

En matière de non-discrimination, avec la loi de lutte contre le racisme de 1972, la démarche du législateur français a été d'ordre pénal. La situation s'est ensuite renversée. Aujourd'hui, le dispositif pénal compte moins de motifs discriminatoires qu'en droit du travail et son domaine est plus restreint. Néanmoins, le domaine de la répression pénale s'est étendu, comme le montre la figure 2 ci-dessous<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> L.E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (sous la direction de), La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Paris, Economica 1999.

<sup>121</sup> Voir notamment les arrêts CEDH 23 juillet 1968, Cour plénière, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, précité, § 10 ; CEDH 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, précité, § 33 ; CEDH 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, précité, § 38.

<sup>122</sup> Les professeurs A. Esmein et R. Carré de Malberg estimaient par exemple que les Déclarations ou préambules des Constitutions ne consacraient pas de droits, cf. R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, Sirey, 1922, t. 2, p. 581 ; également A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel, 6<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1914, p. 559.

<sup>123</sup> Les ajouts apportés par la loi modificative sont en gras.

Figure 2 : Les lois pénales en matière de discrimination

Articles	Loi modificative	Domaine
225-2 du Code pénal	À compter du 1 <sup>er</sup> mars 1994	La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende lorsqu'elle consiste : 1 <sup>o</sup> A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2 <sup>o</sup> A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3 <sup>o</sup> A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4 <sup>o</sup> A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5 <sup>o</sup> A subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1
	Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations	La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende lorsqu'elle consiste : 1 <sup>o</sup> A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2 <sup>o</sup> A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3 <sup>o</sup> A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne; 4 <sup>o</sup> A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5 <sup>o</sup> A subordonner une offre d'emploi, <b>une demande de stage ou une période de formation en entreprise</b> à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 6 <sup>o</sup> A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2 <sup>o</sup> de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.
	Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité	La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1 <sup>o</sup> A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2 <sup>o</sup> A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3 <sup>o</sup> A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne; 4 <sup>o</sup> A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5 <sup>o</sup> A subordonner une offre d'emploi, <b>une demande de stage ou une période de formation en entreprise</b> à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 6 <sup>o</sup> A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2 <sup>o</sup> de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale. Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1 <sup>o</sup> est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende.

L'extension de la lutte contre les discriminations a été la plus intense en droit du travail.

*b) L'extension dans le domaine « social »*

Les extensions dans le domaine du social sont multiples. Tout d'abord, l'article L.122-45 (actuel L.1132-1) du Code du travail a fait l'objet d'extensions progressives. Cet article a été créé en même temps que l'article L.122-35 relatif à l'encadrement du règlement intérieur de l'entreprise et au respect des droits fondamentaux dans l'entreprise. Le champ d'application de la non-discrimination s'est enrichi à de nombreuses reprises<sup>124</sup> (Figure 3).

La lutte contre les discriminations concerne aujourd'hui en droit du travail pratiquement tous les actes dans une entreprise et dépasse le domaine originellement défini en droit pénal. Le développement de la lutte contre les discriminations s'est également traduit par un enrichissement des motifs discriminatoires.

Cette discordance entre les différentes listes est sans inconvénient lorsqu'un critère appartient à une liste européenne et non à une liste nationale, dès lors que la Cour de cassation et le Conseil d'État, en tant que juges européens de droit commun, doivent faire application des règles européennes<sup>125</sup>. En revanche, la différence entre les listes européennes et constitutionnelles aboutit à des situations dans lesquelles une loi, jugée conforme à la Constitution sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité, peut être jugée discriminatoire en application des droits européens<sup>126</sup>. Dès lors, une loi valide du point de vue constitutionnel pourra être écartée au nom du droit de l'Union européenne ou de la CESDH. *Ce jeu des listes crée une concurrence entre les règles, et offre un outil d'action pour les personnes qui ont intérêt à mettre à l'écart une loi interne.* Nous y reviendrons.

---

<sup>124</sup> Les ajouts apportés par la loi modificative sont en gras.

<sup>125</sup> La Cour de cassation fait régulièrement application de la directive n° 2000/78, v. en dernier lieu Soc. 3 juill. 2012, n° 11-13795.

<sup>126</sup> Une telle situation risque de se produire à propos du critère de l'âge. Une tension existe entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui applique un contrôle normal lorsque le législateur français recourt à ce critère (v. par ex., Cons. const. 30 mars 2006, n° 2006-535 DC), alors qu'une telle distinction est manifestement contraire à la jurisprudence Mangold (v. CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04).

Figure 3 : Les lois sociales en matière de discrimination

Articles	Loi modificative	Domaine
L.122-45 du Code du travail (L1132-1)	<i>Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise</i>	Aucun salarié ne peut être <b>sanctionné ou licencié</b>
	<i>Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations</i>	Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de <b>l'accès à un stage ou à une période de formation</b> en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, <b>notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat</b>
	<i>Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes</i>	Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 140-2[1], de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat

## **B : La diffusion des critères de discrimination**

Le droit antidiscriminatoire s'est rapidement développé sous l'influence des droits de l'Union européenne et de la Convention européenne. La diffusion des régimes juridiques établis au niveau européen s'est réalisée par la voie législative, par la transposition de directives européennes, mais également par une mise au diapason des jurisprudences.

1- La diffusion du droit antidiscriminatoire s'est d'abord réalisée par le partage des mêmes motifs discriminatoires. En effet, les listes les plus courtes comprennent des motifs discriminatoires partagés avec les listes les plus longues. Cette synchronisation a permis d'aligner, dans une certaine mesure, les régimes juridiques des politiques antidiscriminatoires européennes et nationales. Le critère de l'orientation sexuelle dégagé par la CEDH comme motif discriminatoire est particulièrement illustratif de ce processus. La Cour de Justice refusait dans un premier temps d'assimiler les différences de traitement en raison de l'homosexualité à une discrimination en raison du sexe. C'est la Cour européenne des droits de l'Homme qui va faire entrer le critère de l'orientation sexuelle dans le cercle des motifs discriminatoires, à propos des législations pénales nationales réprimant les pratiques homosexuelles. La Cour a considéré que ces législations contrevenaient à l'article 8 de la Convention, qui protège la vie privée<sup>127</sup>, du moins en tant qu'elles visaient les pratiques homosexuelles cantonnées à la sphère privée<sup>128</sup>. Dans un second temps, la Cour a été saisie de l'interdiction du recrutement des homosexuels par certains droits militaires nationaux, et a orienté sa jurisprudence<sup>129</sup> vers un droit des homosexuels à l'épanouissement<sup>130</sup>. Cependant, la CJUE refuse d'intégrer de sa propre initiative le critère de l'homosexualité dans liste communautaire des critères suspects<sup>131</sup>. La Cour européenne assume néanmoins sa jurisprudence engagée dans une lutte contre les préjugés homophobes, ce qui l'a amené à placer le critère de l'homosexualité dans le « noyau dur »<sup>132</sup>. La CEDH a procédé par « petits pas » afin

---

<sup>127</sup> CEDH 10 octobre 1986, Aff. Rees c. Royaume-Uni, Req.no 9532/81 ; CEDH 22 octobre 1981, Dudgeon c. Royaume-Uni, série A, n°45 ; CEDH 26 octobre 1988, Aff. Norris c. Irlande, Req. no 8225/78, série A n°142 ; CEDH 22 avril 1993, Aff. Modinos c. Chypre, Req.no15070/89, série A, n°259. A propos de la vie professionnelle en particulier dans l'armée, voir CEDH 27 septembre 1999, Aff. Smith et Grady c. Royaume-Uni, Req. nos 33985/96 et 33986/96, Rec. des arrêts et décisions 1999-VI ; CEDH 27 septembre 1999, Aff. Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, Req. nos 31417/96 et 32377/96 ; CEDH 9 janvier 2003, L. et V. c. Autriche, Rec. des arrêts et décisions 2003-I, Req. n° 39392/98;39829/98, cf. comm. F. Sudre, « Chronique droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G 2003 I 160, p.1569.

<sup>128</sup> En ce sens qu'il n'était pas admis de révéler son homosexualité, à l'image du « don't ask, don't tell » (« Ne demandez pas, n'en parlez pas ») qui a toujours cours dans l'armée des États-Unis d'Amérique : on ne peut demander à un militaire s'il est homosexuel et les militaires homosexuels ne doivent pas révéler leur orientation sexuelle.

<sup>129</sup> CEDH 27 septembre 1999, Aff. Smith et Grady c. Royaume-Uni, Req. nos 33985/96 et 33986/96, Rec. des arrêts et décisions 1999-VI ; CEDH 27 septembre 1999, Aff. Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, Req. nos 31417/96 et 32377/96.

<sup>130</sup> S. Van Drooghenbroeck, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in, Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle, sous la dir. de V. Martens Bruxelles, éd. des FUSL, 2004, p. 19 à 39 et O. de Schutter, « Fonction de juger et nouveaux aspects de la vie privée : la notion de « pleine reconnaissance » », in D. Borillo (sous la direction de), Homosexualité et droit, Paris, PUF, 1998, p. 64.

<sup>131</sup> « L'article 141 CE s'oppose, en principe, à une législation qui, en violation de la CEDH, empêche un couple » tel que celui de l'espèce « de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de rémunération de l'autre » selon C.J.C.E., 7 janvier 2004, n° C-117/01, K. B., D. Jean-Pierre, A.J.F.P.4/2004, p. 196.

<sup>132</sup> Nous appelons « noyau dur » les motifs identifiés par la CEDH qui font l'objet d'un contrôle plus strict. Ces motifs sont alors assimilés à des motifs discriminatoires. La Cour considère que l'on ne peut recourir a priori à de tels motifs pour fonder une décision rationnelle et licite. Les critères qui n'appartiennent pas à ce noyau dur font l'objet d'un contrôle plus

de permettre l'évolution des mentalités et des droits internes. Ainsi, à propos de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle, la Cour s'était refusée dans une première jurisprudence à voir une discrimination dans le refus d'agrément des autorités françaises<sup>133</sup>. Ce n'est qu'à l'occasion d'une seconde affaire<sup>134</sup> que la Cour s'est décidée à faire évoluer sa jurisprudence, bien aidée par les faits de l'espèce, qui ne mettaient pas en cause les capacités pédagogiques ou le désir d'enfant de l'homosexuelle. La Cour retient simplement la référence constante faite à l'absence de référent masculin, par l'autorité administrative et de la juridiction administrative pour rejeter la demande d'adoption, qui revient à viser, sous une forme euphémisée, l'orientation sexuelle. Ce faisant, la Cour impose le respect de la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dans un domaine aussi polémique que l'adoption d'enfant par des homosexuels<sup>135</sup>.

La démarche prudente de la Cour est d'autant plus louable que la CJUE dans le même temps a interprété restrictivement la liste des critères communautaires, en décidant que l'orientation sexuelle n'en faisait pas partie et ne pouvait pas être rattachée au critère du sexe<sup>136</sup>.

Il faudra attendre que le législateur communautaire, avec la directive 2000/78/CE, se saisisse de l'habilitation ouverte par le Traité d'Amsterdam pour que l'orientation sexuelle figure dans la liste communautaire<sup>137</sup>. Le législateur français suivra rapidement avec la loi du 16 décembre 2001. Ainsi, le caractère limitatif assigné aux listes internes et communautaires implique que les juges attendent que le pouvoir compétent se saisisse de la question et qu'il ajoute un nouveau critère, au lieu de l'imposer eux-mêmes. En quelque sorte, la CEDH s'adressait plus aux législateurs internes et communautaires qu'aux autres juridictions. Elle n'en a pas moins réussi à imposer un nouveau motif discriminatoire<sup>138</sup>. Ainsi, la chambre sociale a appliqué la discrimination indirecte au critère de la maladie, critère que la CJUE a expressément exclu de la liste européenne<sup>139</sup>.

2- La diffusion du droit antidiscriminatoire passe également par la reprise des techniques juridiques d'une jurisprudence à l'autre. En effet, la Cour de justice est parvenue à diffuser le concept de

---

souple. Voir par ex. CEDH 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva c. Portugal, Rec. des arrêts et décisions 1999-IX, req. n° 33290/96.

<sup>133</sup> Arrêt CEDH 26 février 2002, Fretté c. France, Rec. des arrêts et décisions 2002-I, req. n°36515/97.

Précisons que dans le système d'adoption français, des célibataires peuvent adopter. En l'espèce il s'agissait d'une personne homosexuelle célibataire.

<sup>134</sup> Arrêt CEDH 22 janvier 2008, E.B. c. France, requête n°43546/02. En l'espèce la demanderesse vivait en couple, mais sa concubine refusait l'adoption, élément de taille qui aurait pu fournir un moyen utile à la Cour européenne en vue de la confirmation de la décision nationale. Malgré cette considération importante dans l'évaluation nécessaire préalable à l'adoption, menée au nom de l'intérêt de l'enfant, la Cour a saisi l'occasion de soulever la discrimination, sans se réfugier derrière cet expédient.

<sup>135</sup> À propos de l'homoparentalité, voir G. Pitti, « Les dissonances juridiques sur l'homoparentalité », G.P. 2010, n°244 et 245, p.16.

<sup>136</sup> « l'article 141 CE s'oppose, en principe, à une législation qui, en violation de la CEDH, empêche un couple" tel que celui de l'espèce "de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de rémunération de l'autre » (C.J.C.E., 7 janvier 2004, n° C-117/01, K. B. op.cit. comm. D. Jean-Pierre : A.J.F.P.4/2004, p. 196. Voir infra, II.

<sup>137</sup> Figure également l'« orientation sexuelle » selon Traité C.E., art. 13, § 1 et la Charte des droits fondamentaux de l'UE, 7 décembre 2000, art. 21.

<sup>138</sup> Sur « l'avance » de la jurisprudence européenne qui peut servir de source d'inspiration, cf. F. Kessler, « L'Europe sociale oubliée : l'activité du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection sociale », R.D.S.S. 2007, p.197.

<sup>139</sup> CJCE 11 juill. 2006, aff. C-13/05.

discrimination indirecte, directement emprunté du droit américain<sup>140</sup> et inconnu de la majorité des droits internes des États membres. Le concept est désormais clairement affirmé et appliqué par la CEDH<sup>141</sup> et les juridictions internes<sup>142</sup>, à l'exception du Conseil constitutionnel<sup>143</sup>. La discrimination indirecte peut être définie comme la distinction qui serait fondée sur un critère apparemment neutre, mais qui en pratique aboutirait à défavoriser des personnes appartenant à une catégorie protégée<sup>144</sup>. Elle se distingue de la discrimination directe à plusieurs égards. Tout d'abord, elle est revêtue d'une apparence de neutralité, en ce qu'elle ne correspond pas à un critère appartenant à la liste discriminatoire<sup>145</sup>. Ensuite, la discrimination indirecte fournit un autre type de révélation du phénomène discriminatoire, qui repose non pas sur les raisons de la décision, à l'image de la discrimination directe, mais sur les « effets pratiques » de cette décision<sup>146</sup>. En effet, la défaveur à l'endroit de la catégorie protégée suppose de mesurer les effets discriminants<sup>147</sup> de la décision. Ainsi, à propos des avantages conférés aux salariés travaillant à temps complet, dont sont exclus les salariés travaillant à temps partiel, la Cour de Justice invite à travers la discrimination indirecte à vérifier si les deux catégories, ne recourent pas dans les faits une distinction qui aurait été directement fondée sur le sexe. En effet, les salariés à temps partiel sont majoritairement des femmes, si bien que les exclure revient à exclure une catégorie quasi-exclusivement composée de femmes, catégorie protégée par la règle de non-discrimination en raison du genre. Si la preuve de la discrimination directe suppose d'identifier un groupe, entre les « exclus » et les bénéficiaires de l'avantage, parfaitement homogène du point de vue du critère discriminatoire, la discrimination indirecte permet de se contenter d'un groupe majoritairement<sup>148</sup> composé de personnes appartenant à la catégorie protégée. Autrement dit, pour établir la discrimination indirecte en raison du genre, il suffit que les salariés à temps partiel soient en majorité des femmes, l'existence d'une minorité d'hommes au sein du groupe considéré ne faisant pas obstacle à la suspicion de discrimination. Ce mode d'établissement de la discrimination est celui qui a été le premier repris et appliqué par la CEDH dans sa jurisprudence à propos de discriminations à l'égard d'enfants Roms<sup>149</sup>. Avec l'aide d'associations humanitaires et de défense des droits de l'homme, les requérants ont établi sur le fondement de statistiques que la République Tchèque discriminait ces enfants en les affectant en priorité dans des établissements spécialisés à destination des enfants en difficulté. En effet, les enfants Roms constituaient parfois jusqu'à 80% des enfants dans ces établissements. La soi-

---

<sup>140</sup> Cour suprême des États-Unis. *Griggs/Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination positive*, op.cit. et D.Sabbagh, *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, op.cit.

<sup>141</sup> CEDH, G.C., 13 novembre 2007, D.H. et autres c. République tchèque, Req. n° 57325/00.

<sup>142</sup> Soc. 9 janvier 2007, pourvoi n°05-43962 et C.E. 10 avril 2002, Syndicat national des professeurs d'arts martiaux, n° 221314.

<sup>143</sup> Néanmoins, le Conseil constitutionnel a validé, sous réserve d'interprétation, la répartition de la charge de la preuve, telle que définie par le droit communautaire. La réserve porte sur le respect des droits de la défense, Considérants 87 à 90 de la décision C.const. 2001-455 DC - 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale.

<sup>144</sup> Voir en ce sens E. Dubout, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op.cit. p. 162.

<sup>145</sup> Sur la question des listes discriminatoires, voir supra.

<sup>146</sup> Cf. K. Lenaerts et D. Arts, « La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *La personne humaine, sujet de droit* (Quatrièmes Journées René Savatier), Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p.101-134. cf. E. Dubout, *L'Article 13 T.C.E. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, op.cit. p. 414 note 5.

<sup>147</sup> Au sens de la non-discrimination et non dans son sens premier de distinction.

<sup>148</sup> Cette appréciation relève des juges nationaux.

<sup>149</sup> CEDH, 13 novembre 2007, D.H. et autres c. République tchèque, requête n° 57325/00.

disant politique pédagogique constituait en réalité une politique de « ghettoïsation ».

Le recours aux statistiques pour établir la preuve des effets discriminatoires est également employé par la Cour de cassation<sup>150</sup>. L'espèce concernait une allocation supplémentaire de retraite qui n'était pas accordée aux salariés à temps partiel, au motif qu'ils n'avaient pas travaillé au minimum 200 heures par trimestre durant quinze ans. Cette mesure a été jugée discriminatoire en raison du sexe. La Cour constate que *« la part des travailleurs féminins à temps partiel par rapport au total des travailleurs féminins (81,45 %) était plus élevée que celle des hommes à temps partiel par rapport au total des travailleurs masculins (40 %) ; qu'ayant ainsi fait ressortir que parmi l'ensemble des travailleurs soumis à ladite réglementation, un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins que masculins était affecté, elle en a exactement déduit, en l'absence de justification objective par l'ORPESC, que l'article 21 de ses statuts constituait une violation du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sous la forme d'une discrimination indirecte à l'encontre des femmes »*. Dans cette décision, la Cour retient que le groupe des femmes est particulièrement touché par l'exclusion de l'avantage (81.45% en étaient exclues). La Cour de cassation peut également retenir la discrimination indirecte au regard du fait que le groupe favorisé est principalement composé d'hommes alors que le groupe défavorisé est principalement composé de femmes<sup>151</sup>. Autrement dit, la suspicion de discrimination indirecte est établie soit parce que la majorité des femmes de l'entreprise est exclue de l'avantage, soit que le groupe défavorisé est majoritairement féminin.

Un second moyen pour établir la suspicion de discrimination vise des mesures intrinsèquement douteuses. C'est le moyen que la CJUE utilise principalement dans le domaine de la libre circulation et de la discrimination en raison de la nationalité, plus spécifiquement à propos du critère de la résidence<sup>152</sup>. Ce critère est vu comme une condition *« susceptible de désavantager en particulier »* les travailleurs migrants, qui en raison de leur migration récente risquent de ne pas pouvoir satisfaire à cette condition de résidence habituelle. La suspicion de discrimination, que l'auteur de la décision pourra dans un second temps combattre par des justifications objectives et raisonnables, est établie non par une mesure quantitative<sup>153</sup>, mais par une appréciation *« qualitative »* sur les implications logiques du critère apparemment neutre.

C'est ce type de discrimination indirecte que la Cour de cassation a d'abord retenu. Dans une affaire relative mode de décompte des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité dans le cadre d'un accord de modulation du temps de travail, la Cour de cassation a retenu pour la première fois une discrimination indirecte en raison de l'état de santé. Le premier apport de cette jurisprudence est d'avoir étendu une notion communautaire - la discrimination indirecte - à un critère discriminatoire qui n'appartient pas à la liste européenne. La Cour souligne ainsi sa volonté d'appliquer la

---

<sup>150</sup> Soc. 3 juillet 2012, n°10-23013.

<sup>151</sup> Soc. 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21489.

<sup>152</sup> CJCE 12 février 1974. Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost, Aff. 152-73, Rec. 1974 p. 153

<sup>153</sup> Ce qui supposerait un appareil statistique suffisamment important pour mesurer, au niveau national, si les personnes exclues sur le seul fondement de la condition de résidence sont majoritairement des ressortissants communautaires migrants (ce qui suppose non seulement de faire la distinction entre les nationaux et les étrangers, mais également au sein de cette dernière catégorie entre les ressortissants communautaires et les ressortissants d'États tiers à l'Union européenne).

technique de la discrimination indirecte à l'ensemble des motifs discriminatoires de la liste nationale. Ensuite, l'espèce concernée le décompte des semaines d'absence sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation de 35 heures, et cela même lorsque l'absence intervenait lors de périodes d'activité hautes. Ce faisant, à la fin de l'année, la salariée se retrouvait débitrice d'heures. La Cour de cassation retient qu'un tel système, bien qu'apparemment neutre, car fondé sur la durée hebdomadaire moyenne, constitue une discrimination indirecte en raison de la santé, car les salariés malades lors des périodes d'activité hautes se retrouvent débiteur d'heures. La Cour de cassation tire ici simplement les conséquences du système de décompte pour établir la discrimination indirecte, sans avoir recours à l'outil statistique.

Une action en justice en matière de non-discrimination suppose également un travail sur le signifiant du motif discriminatoire.

### **Section 3 : Les motifs et leurs sources**

Agir sur le fondement d'un dispositif de non-discrimination suppose de comprendre la substance du motif (A) pour ensuite définir une action (B).

#### ***A : Des motifs discriminatoires, du substantif à la substance***

Dans l'application du droit antidiscriminatoire, les cours ne cherchent pas toujours à déterminer la signification du motif, et s'attachent au substantif plutôt qu'à la substance. Par exemple, le juge de l'Union européenne, en raison des compétences respectives de l'Union et des États membres n'a pas le pouvoir de définir la nationalité, tout du moins les critères d'acquisition de celle-ci. Néanmoins, pour les nécessités de mise en œuvre de l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité, le juge européen, sans intervenir dans les critères de la nationalité définis par les États membres, a utilisé le substantif de « nationalité ». Ainsi, le juge européen considère qu'imposer la résidence sur un territoire donné comme critère pour bénéficier d'un avantage est suspect *a priori*, car systématiquement désavantageux pour les non-nationaux européens. De même, en matière de discrimination syndicale la Cour de cassation prohibe toute défaveur à l'encontre de salariés mandatés, même quand le mandat n'est pas syndical.

Par ailleurs, le sens des motifs n'est pas immuable. Ainsi, en matière de discrimination sexuelle les juges ont-ils fait évoluer le motif du sexe biologique au sexe « social », ce qui a permis de protéger les transsexuels contre les discriminations en raison ou à l'occasion de leur changement de sexe<sup>154</sup>.

Parmi les différents motifs discriminatoires, certains sont proches au point qu'ils puissent être mobilisés ensemble pour qualifier les mêmes faits. La discrimination peut alors être qualifiée de multiple. Il en est ainsi de l'origine, de l'ethnie et de la « race ». De même, les critères du sexe, de la grossesse et de la situation familiale pourraient être mobilisés lorsqu'une femme est discriminée en raison de sa maternité.

---

<sup>154</sup> CJCE 30 avril 1996, C-13/94, P c/ S. et Cornwall County Council.

D'autres critères entrent en conflit avec de nouveaux venus. Ainsi, les mœurs qui permettaient de condamner les discriminations en raison de l'orientation sexuelle<sup>155</sup> n'ont pas perdu toute utilité : dans un arrêt du 2 mars 2011 la chambre sociale a reconnu une discrimination sur les mœurs prêtées à une salariée, licenciée pour avoir refusée de prendre toute initiative pour faire cesser une polémique qui relative à son comportement avec d'autres salariés.

Les premières règles de non-discrimination prohibent des décisions fondées sur des critères phénotypiques (« ethnique », « race », sexe, etc.) ou qui restreignent une liberté (en particulier la liberté syndicale en droit du travail). Plus récemment, certains dispositifs antidiscriminatoires se sont inscrits comme éléments du « statut » défini pour certaines personnes : celui de juré (loi de participation des citoyens à la justice pénale de 2011) ou de lanceur d'alerte (loi relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte de 2013). Le dispositif antidiscriminatoire vise à protéger des personnes qui agissent pour le bien commun, et vise à libérer leur parole et leur action. À observer cette extension, on constate que les dispositifs antidiscriminatoires déclinent sous toutes leurs dimensions les caractéristiques attachées aux personnes physiques. Cet ensemble dessine en creux un autre ensemble, celui des « motifs légitimes » de distinction, notamment ceux qui sont liés au mérite.

### ***B : La discrimination positive***

Aujourd'hui les règles de non-discrimination ne sont plus réductibles à la seule logique de la prohibition : c'est-à-dire l'interdiction de recourir à certains critères déterminés (sexe, « race »,...). D'autres critères discriminatoires, comme le handicap<sup>156</sup>, relèvent de règles qui imposent certaines formes d'action. Ces règles antidiscriminatoires ne sont pas toutes identiques : tantôt elles imposent une procédure, dont le non-respect permet d'établir la discrimination<sup>157</sup> ; tantôt elles reposent sur une obligation de justification<sup>158</sup>. Parfois, ces deux exigences se combinent<sup>159</sup>.

À titre d'illustration, un employeur, qui reçoit une personne handicapée candidate à l'embauche, ne peut faire comme si le handicap n'existait pas. Au contraire, dans une telle situation, l'employeur est dans l'obligation de tenir compte du handicap afin de rechercher si des « *aménagements raisonnables* » sont envisageables, compte tenu tant du handicap que du poste<sup>160</sup>. Bien loin de se voir interdire toute prise

---

<sup>155</sup> Voir par exemple l'arrêt dit du sacristain homosexuel de Saint Nicolas de Chardonnet (Soc. 17 avril 1991, pourvoi n°90-42.636).

<sup>156</sup> Sur la définition du handicap, cf. CJCE et article A. Boujeka relatif à l'arrêt CJCE 17 juil. 2008, S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law, in R.D.S.S. 2008. p. 865. Contentieux et handicap, sous la direction de S. Amrani-Mekki et A. Boujeka, IRJS, Paris, 2010.

<sup>157</sup> Il pourrait être argumenté qu'il en est ainsi du critère de l'état de santé. En effet, l'employeur ne peut prendre en considération l'état de santé du salarié que dans le cadre de l'avis médical du médecin du travail. Le recours valable à ce critère est conditionné à la procédure de recueil de cet avis.

<sup>158</sup> Il en est ainsi pour l'âge, v. article L.1133-2, alinéa 1° du Code du travail.

<sup>159</sup> Par exemple, l'employeur ne peut se fonder sur la maladie du salarié pour un licenciement, qu'après avoir recueilli l'avis du médecin du travail (procédure) et justifié de l'impossibilité du maintien dans l'emploi (justification). Voir par exemple Soc. 25 janvier 2011, n° 09-72834.

<sup>160</sup> L'expression d' « aménagement raisonnable » provient directement de l'article 5 de la 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

en considération du handicap, l'employeur a l'obligation d'étudier le cas spécifique du candidat handicapé qui se présente à lui. Contrairement aux critères de la « race » et du genre, pour lesquels l'employeur est tenu à une obligation de « cécité », en matière de handicap il est astreint à une obligation de « conscience »<sup>161</sup>.

Cette opposition entre « non-discrimination-prohibition » et « non-discrimination-suspicion » est construite sur les interdictions et les obligations de l'employeur vis-à-vis des critères de non-discrimination. Une autre approche consiste à prendre en considération la finalité de protection des règles de non-discrimination. Dans cette perspective les règles de non-discrimination visent à protéger certaines catégories de personnes en particulier (personnes handicapées, femmes, femmes enceintes...). Dans ce cadre, l'obligation de recourir au motif discriminatoire participe de cette protection.

On peut dire en conclusion que le droit antidiscriminatoire est particulièrement riche, ce dont atteste le Tableau général (Figure 1). Si certains motifs et les règles qui leur sont attachées sont connus, beaucoup d'autres n'ont pas fait l'objet de jurisprudence et restent encore à préciser. On retiendra de cette évolution que les fondements pour agir, qu'il s'agisse des principes d'égalité ou des règles de non-discrimination, sont nombreux et variés. Selon le fondement choisi par les parties, les contrôles seront différents, par l'application des droits européens ou internationaux ou du droit constitutionnel, notamment. Le choix du fondement fait l'objet de stratégies judiciaires variées, soit que le demandeur à l'action recherche simplement un rappel de salaire en se comparant à un salarié dans une situation similaire plus favorable, soit qu'il ait pour ambition d'écarter ou censurer une norme dans son ensemble. C'est ce « travail du procès » que nous avons voulu décrire et comprendre à partir des arrêts d'appel.

---

travail. Le Code du travail, sans reprendre exactement l'expression, impose néanmoins à l'employeur de prendre, « en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée », sous réserve que la charge ainsi imposée ne soit pas disproportionnée pour l'entreprise. Cet article vaut transposition de la directive.

<sup>161</sup> Nous reprenons ici l'opposition dessinée par la doctrine américaine entre « color-blindness » et « color-conscious » à propos des discriminations raciales.

Observer les litiges de discriminations et d'égalité en matière sociale

Figure 1A Tableau des normes relatives à la lutte contre les discriminations et pour l'égalité

Sources textuelles	Sexe	Grossesse	Langue	Minorité nationale	Naissance	Origine	Nationalité	Ethnie	Race	Moeurs	Orientation	Age	Situation famille	Caractéristique	Apparence
Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe											X				
Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte															
Loi 2011-839 participation citoyen justice pénale															
Loi bioéthique, 7 juillet 2011, n°2011-814															
Décret 2011-822	X														
Loi 2010-1330 réforme retraite	X														
Loi 2010-874 modernisation agriculture et pêche															X
Décret 2011-614															X
Loi Hopital 2008-879, 21 juillet 2008															
Traité de Lisbonne 1er janvier 2009 (consolidé)	X						X	X	X		X	X			
Loi Constitutionnelle 23 juin 2008, n°2008-724	X														
Loi adapt. Droit comm. De non discrimination 27 mai 2008, 2008-496	X							X	X		X	X			
Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption															
Directive 2006/54 égal. Trait. Hom./fem., 5/7/06 - refonte	X														
Loi égalité des chances, 31 mars 2006, n°2006-396															
Loi égalité salariale hom./fem., 23 mars 2006, n°2006-340	X	X													
Loi handicap, 11/02/2005, n°2005-102															
Loi cohésion sociale, 18/01/05, n°2005/32	X														
Loi HALDE, 30/12/04, n°2004-1486															
Directive 2004/113, égal. Trait. hom./fem. Biens et service, 13/12/04	X	X													
Loi adaptations justice à la criminalité, 09/03/04, n°2004-204								X	X	X	X				
loi droits des malades, 4 mars 2002, n°2002-303							X							X	
Loi modernisation sociale, 17/02/02, n°2002-73	X					X	X	X	X	X	X		X		X
Loi de lutte contre discrimination, 16/11/01, n°2001-1066	X					X	X	X	X	X	X	X	X		X
Loi égal. Prof. hom./fem., 9/05/01, n°2001-397	X						X								
Traité de Nice, 26 février 2001	X						X	X	X		X	X			
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (adoptée 26/02/06)	X		X	X	X	X	X	X	X		X	X		X	
Ordonnance transpo dir. 96/97 et 86/378, du 22/02/01, n°2001-178	X														
Directive 2000/78 cadre général égalité, 27/11/00											X				
Directive 2000/43 - race et origine ethnique, 29/06/00								X	X						
Convention protection maternité (OIT), 15/06/00, C183			X												
Directive 1999/70, travail à durée déterminée, 28/06/99															
Directive 97/81, travail temps partiel, 15/12/97	X														
Directive 97/80, charge preuve discr. hom./fem., 15/12/97	X														
Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997	X					X a	X a	X a	X a	X a	X a				
Charte sociale européenne (conseil Europe), 3/05/1996	X		X	X	X	X	X		X						
Décret portant réforme code pénal, 29/03/93, n°93-726										X					
Traité de Maastricht, 7 février 1992	X						X								
Directive 92/85, sécu. Travail, enceinte, accouch. allait., 19/10/92		X													
Loi réforme Code pénal, 22/07/92, n°92-684	X					X	X	X	X	X				X	
Loi stabilité emploi/ contrat précaire, 12/07/92, n°90-613															
Loi contre racisme, antisémitisme, xénophobie, 13/07/90, n°90-615							X	X	X						
Charte des droits sociaux fondamentaux (C.E.E.), 09/12/89	X						X	X							
Ordonnance contrat durée déterminée, travail temp., 11/08/86, n°86-948										X a				X	
Loi divers. Dispo soc., 17/01/86, n°86-76	X					X				X a				X	
Loi divers dispo soc, 25/07/85, n°85-172 (art.109)															
Loi réforme mutualité, 25/02/85, n°85-773															
Loi Roudy, 13/07/83, n°83-635	X														
Loi Auroux (1), 04/08/82, n°82-689	X					X	X	X	X					X	
Loi temps partiel, 28/01/81, n°81-64															
Directive 79/7, 19/12/78, égal. hom./fem. Sécu. soc.	X	X													
Loi dispo diverses éco. et fin., 07/06/77, n°77-574								X	X						
Directive 76/207, égal. Trait. hom./fem. Emploi, 09/02/78	X														
Loi lutte contre racisme, 2/07/72, n°72-546						X	X	X	X						
Règlement CEE 1408/71, régime sécu travailleurs, 14/06/71							X								
Règlement CEE 1612/68, Libre circul. Travailleurs, 15/10/68							X								
Pacte international droit civil et pol., 16/12/68 (en vig 23/03/76)	X		X		X	X	X	X							
Pacte international droits éco. soc. cult., 16/12/66 (en vig 03/01/78)	X		X		X	X			X						
Convention sur l'égal. De trait. (sécu. Soc.), 28/06/62, OIT (C118)							X								
Constitution 5 <sup>e</sup> Rép., 04/10/58						X			X						
Convention concernant la discrimination (emploi), 04/06/58, OIT- C111	X					X	X	X							
Traité Rome - CE, 25 mars 1957	X						X								
Convention sur égal. De rem., 06/06/51, OIT - C100	X														
CESDHLF, 04/11/50	X		X	X	X	X	X		X						
Constitution 4 <sup>e</sup> Rép. (preamble), 27/10/1946	X									X					
Ordonnance relative à la répression des délits de presse, 06/05/44															
Accord de Matignon, 07/06/1936															
Convention égal. Trait. (accident du travail), 5/06/25, OIT (C19)							X								
Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse															
DDHC, 26/08/1789															

Observer les litiges de discriminations et d'égalité en matière sociale

Figure 1B Tableau des normes relatives à la lutte contre les discriminations et pour l'égalité

Patronyme	Etat de santé	Handicap	Opinions politiques	Activité syndicale	Grève	Fortune	Convictions	Lanceur d'alerte	Juré ou citoyen	Action positive	A travail égal,	Egalité de	Principe d'égalité	Principe de non	Egalité interrim	Egalité temps	Egalité CDD	Domaine ou Code
								X										(santé et environnement)
									X									Travail (L.1132-3-1)
	X																	Pénal (art.225-3)
																		Travail (R2242-1 et s. et R2323-8)
	X																	Travail (L2245-5-1); Sécu. Soc. L.135-2 et -3
	X																	(obèse) Santé publique D3232-3
																		(obèse) Santé publique D3232-3
		X	X					X				X						(discr. accès soin + prév.) Santé public L1110-3 et Sécu. Soc. L162-1-14-1
													X					(des chances) (convictions)
		X	X				X											(parité) Art. 1 Const.; Extension parité à resp. éco/soc
								X										(convictions)
									X									(corruption)
													X					Outre CPE, renforce HALDE, création de l'Acse
		X																(ajout) Travail, modif L.122-45, écart rém., nég. formation
																		Travail (L.122-45-4), Action sociale et des familles
																		Travail (L.122-26-3)
								X										Pénal; Renforcement des sanctions
																		(ajout) Travail (L.122-45)
X	X		X	X														Extension non discr. à la location + section spé dans C.Travail
X	X	X	X	X			X											Travail, nég. travail de nuit
		X																
		X	X			X	X		X									(ethn. Ou soc.) (sexe) (+couleur) (convictions ou opinions)
			X	X			X		X									Sécu. Soc. - abrogation différence âge retraite et pension réversion
									X									(convictions) (possibilité pour Etat)
									X									(possibilité pour Etat)
														X			X	Directive qui reprend accord européen sur CDD
														X			X	(rappel) Directive qui reprend accord européen sur CDD
		X	a	X			X	a										(ethn.) (convictions- ajout)
		X	X				X											L'article E condamne les « distinctions fondée sur... toute autre situation »
																		(sociale) (ascendance nat.) (+ couleur) (mes. En faveur) (toutes autres opinions)
																		Pénal (R-624-1 et R625-1 et suivants) (haine)
	X	X	X	X			X											(appartenance à)
																		X Travail (L122-3-1) Réem.(ajout)
							X											Pénal, article 48-1, Loi 1881
			X				X											(+ couleur) (opinion) (croyance)
																		X travail (L.122-3-3) (statut sauf rupt.)
	X	X					X											Travail (L.122-35) règlement intérieur (opinion) (confession)
							X	a										Travail (L.122-45, al.2)
			X															Travail L.122-45 (mutualiste-ajout)
																		Travail (L.123-3 et s.; L.140-2 et s.)
	X	X					X			X								Travail (L.122-35 et L.122-45) - Dans -35 pas race, ethnie, nation (opinion)
																	X	(confession)
																		Travail (L.212-4-2 et s.)
								X										Pénal 187-2, 1° fois « appartenance ou non appartenance, vraie ou supposé, à »
								X										L.29/7/1881
			X			X	X											(+tte autre opinion) (+couleur) (soc.)
			X			X	X											(+tte autre opinion)
												X						(nationalité)
			X				X					X		X				Texte dans la version de 58 – parité (prof.) rajouter en 2008.
												X						(ascendance) (ou de chances)
			X				X	X										(ou ttes autres opinions) (nat ou soc.)
			X															(croyance)
				X														
					X													
			X				X						X					(juste opinion)



### Chapitre 3 : Des méthodes pour observer les actions en justice

■ Evelyne Serverin

L'objectif de la recherche, nous l'avons dit, est d'identifier, décrire et expliquer les litiges relevant du droit social (droit du travail et protection sociale), qui comportent une référence, directe ou indirecte à la discrimination et à l'égalité. Pour conduire ce type de recherche, il est nécessaire de disposer d'une base de référence, assurant l'exhaustivité des données. En matière judiciaire, nous disposons depuis 2007 d'une base de données exhaustives des arrêts d'appel, la base JURICA, produite par le Service de documentation d'études et du rapport de la Cour de cassation, dont un accès a été ouvert aux chercheurs par voie de convention. Sans revenir sur l'histoire de la base JURICA, à laquelle nous avons consacré en son temps une chronique<sup>162</sup>, il importe d'indiquer au préalable ce que le recours à ce type de source *ne permet pas* de faire:

- s'agissant de litiges, il ne permet pas d'identifier l'état des discriminations *réelles dans les entreprises* ;

- s'agissant de décisions d'appel, il ne permet pas de mesurer l'ampleur des situations de discrimination *dénoncées en justice* ;

-enfin, s'agissant d'études d'arrêts, il ne permet pas de connaître les *dossiers de procédure*.

En revanche, l'exhaustivité de la base JURICA nous autorise à tirer des conclusions sur la *structure des procès relatifs aux discriminations et à l'égalité en cause d'appel*, tout en nous permettant d'observer en arrière-plan le travail des juges du premier degré. Cette vue est particulièrement étendue en matière prud'homale. En effet, pour la période observée (2007 à 2010), le taux d'appel a oscillé entre 59 et 61 %, (64% en 2012), et les affaires prud'homales ont représenté entre un quart et un cinquième des décisions déférées en appel<sup>163</sup>.

Sous le bénéfice de ces précisions, nous présenterons notre démarche en trois étapes, qui correspondent à la chronologie de nos opérations. La première étape a consisté à établir un corpus d'arrêts (Section 1) ; au cours de la seconde étape, une grille d'analyse des arrêts a été construite en vue du traitement statistique des arrêts (Section 2) ; la troisième étape, la plus longue, a été

---

<sup>162</sup> Evelyne Serverin, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », Dalloz. Rec., déc. 2009, p. 2882

<sup>163</sup> Maud Guillonnet et Evelyne Serverin, L'activité des conseils de prud'hommes de 2004 à 2012, Continuité et changements, Ministère de la justice, DACS, Pôle d'évaluation de la justice civile, p. 30.

consacrée au codage des arrêts Cette opération a mobilisé plusieurs membres de l'équipe pendant presque deux ans, de la remise de la note méthodologique- juillet 2011-, à la fin du contrat -juin 2013- (Section 3).

### **Section 1 : Discriminations et égalité dans la base JURICA**

La constitution du corpus de décisions s'est déroulée en trois étapes, entre mars et juin 2011.

- La première étape a consisté à obtenir l'accès à la base JURICA au titre de la recherche financée par le GIP. Cet accès était aménagé par voie de convention entre le Service de documentation d'études et du rapport de la Cour de cassation (SDER), et les chercheurs responsables de l'étude. La recherche a eu lieu dans les locaux du service en mars 2011. Au moment de notre interrogation, la base couvrait exhaustivement la période janvier 2007-mars 2011, et sélectivement les années antérieures<sup>164</sup>.
- Bien que l'objet de la recherche soit circonscrit aux discriminations en matière sociale (droit du travail et sécurité sociale), nous n'avons pas voulu nous restreindre à ce domaine. En effet, il nous est paru intéressant de prendre la mesure de la place de ces discriminations dans l'ensemble de celles qui ont été portées en appel. L'interrogation a donc été formulée de manière large, de manière à intégrer à la fois les discriminations et les inégalités salariales, sans distinction d'origine. La question posée à la base a été la suivante : **discrimination OU « travail égal »**. Cette question retournait **9314 arrêts** qui nous ont été communiqués au format PDF.
- La troisième étape a consisté à établir un échantillon à partir de cette base. En effet, après discussion avec le comité scientifique de la Mission de recherche, il est paru opportun de procéder à un sondage sur l'ensemble de la base, plutôt que de retenir une année complète, comme nous l'avions envisagé initialement. L'intérêt du sondage est de pouvoir étudier les évolutions normatives, et de voir comment les parties et les juges intègrent ces modifications. Nous avons choisi de constituer un échantillon d'un trimestre par année complète (soit 2007, 2008, 2009, 2010), en retenant pour chaque année le trimestre le plus représentatif (septembre, octobre, novembre). Le travail d'échantillonnage s'est révélé long et fastidieux. En effet, les arrêts sont livrés « bruts » sans indexation ni repère de date. Il a fallu procéder par des interrogations répétées pour répartir les arrêts par mois et par année.

L'échantillon définitif, sur lequel porte notre étude, comprend **2204 arrêts**, soit le quart de l'ensemble des arrêts de l'interrogation initiale correspondant à la période 2007-2010 (**7544**)<sup>165</sup>. La figure 4 ci-dessous résume la succession des opérations nécessitées pour sa construction. Ces 2204

---

<sup>164</sup> La base comporte également des arrêts plus anciens (dès 2005), sélectionnés selon l'ancienne procédure. Nous n'avons pu les exclure par avance de l'interrogation, et ils ont été éliminés en cours d'analyse.

<sup>165</sup> Ce chiffre correspond aux années 2007-2010, une fois extraits du corpus des 9314 arrêts initiaux les années antérieures à 2007 et le premier trimestre 2011.

arrêts ont été soumis à une grille d'analyse très détaillée, élaborée au cours de la période qui a suivi le début du contrat, de mai à juillet 2011.

Figure 4 : Structure de l'échantillon

Base	Nb d'arrêt	Etude	Nb d'arrêt
Base_2007	2007_09	Etude par mois	Etude_Sept_07_08_09_10
	2007_10		Etude_Oct_07_08_09_10
	2007_11		Etude_Nov_07_08_09_10
	2007_12		Etude_Dec_07_08_09_10
	2007_Janvier_août		
Base_2008	2008_09	Etude par année	Etude_2007
	2008_10		Etude_2008
	2008_11		Etude_2009
	2008_12		Etude_2010
	2008_Janvier_août		
Base_2009	2009_09	Etude Jurica	2204
	2009_10		
	2009_11		
	2009_12		
	2009_Janvier		
Base_2010	2010_09		
	2010_10		
	2010_11		
	2010_12		
	2010_Janvier		
Base_2011	2011		
Base_reliquat < 2007	893		
Base_Jurica_totale	9314		
Base_Jurica_totale_2007-2010	7544		

## **Section 2 : Une grille d'analyse des arrêts**

Le traitement d'un aussi grand nombre d'arrêts exigeait une analyse systématique selon une grille de codage, comportant les informations utiles pour vérifier nos hypothèses, tout en tenant compte de leur disponibilité dans les arrêts collectés. Les variables ont été choisies et construites de manière à répondre à une série de sept questions qui forment les hypothèses de la recherche :

-Quelle est la place de la matière sociale dans l'ensemble des arrêts d'appel répondant à notre interrogation?

-Où et quand ces litiges se sont-ils déroulés ?

-Qui sont les demandeurs, les défendeurs, et les intervenants?

-Quels sont les motifs allégués parmi tous les motifs possibles?

-Quelle est la place de la discrimination et/ou de l'égalité dans les litiges ?

-Quelle était l'issue du litige devant les premiers juges ?

-Quel a été le résultat du litige en appel ?

Chacune de ces questions était caractérisée par plusieurs variables, qui ont été testées dans une phase préalable sur un nombre d'arrêts suffisant pour confirmer leur disponibilité.

**Soixante sept variables** ont été ainsi établies, réparties en 12 sections organisées par objet :

- 1- Informations générales sur le codage (4 variables),
2. Informations générales devant la Cour d'appel (8 variables)
3. Décision attaquée (7 variables)
4. Informations sur le salarié (12 variables)

5. Informations sur l'entreprise (7 variables)
6. Autres parties au litige (6 variables)
7. Demande initiale devant la première juridiction (5 variables)
8. Issue de la demande initiale (6 variables)
9. Résultats de l'appel (9 variables)
10. Commentaires libres (1 variable),
- 11 Textes cités en clair (1 variable),
- 12- Extension du litige (1 variable).

A l'exception de deux variables en clair (commentaires et textes cités), toutes les modalités variables sont présentées sous forme de menu déroulant, pour assurer l'homogénéité des codages. Des bulles d'aide accompagnent la saisie. Enfin, l'arrêt reste accessible à chaque ligne du tableur par un lien hypertexte.

Le détail du fichier des variables est indiqué dans la figure 5 ci-dessous. Les modalités des variables et les consignes de codage sont détaillées en Annexe 1 du rapport. Nous reviendrons de manière détaillée sur ces variables et leurs modalités dans la deuxième partie, lors de la présentation des résultats.

Figure 5 : Variables du fichier

## Les variables de la grille d'analyse.

### 1- Informations générales

- 1.1: Numéro
- 1.2: Nom du fichier JURICA
- 1.3: Fichier traité par
- 1.4: Arrêt à retenir?

### 2. Informations générales devant la Cour d'appel

- 2.1: Cour
- 2.2: Date décision CA
- 2.3: n° RG
- 2.4: Nombre de numéros de RG joints
- 2.5: Nature de la décision rendue en appel
- 2.6: Appellant principal
- 2.7: Assistance ou représentation du salarié ou de l'IRP
- 2.8: Assistance et/ou représentation de l'employeur ou de son représentant

### 3. Décision attaquée

- 3.1: Juridiction
- 3.2: Fond / référé
- 3.3: Section
- 3.4: Siège de A à I
- 3.5: Siège de J à Z
- 3.6: Date
- 3.7: Départage O/N

### 4. Informations sur le salarié

- 4.1: Commune de résidence
- 4.2: Sexe
- 4.3: Année naissance
- 4.4: Date entrée dans l'entreprise
- 4.5: Date de sortie de l'entreprise
- 4.6: Mode de sortie de l'entreprise
- 4.7: Fonction (Réf: PCS, Insee, niveau 2)
- 4.8: Mandat du salarié
- 4.9: Type de contrat
- 4.10: Rémunération brute mensuelle
- 4.11: AJ
- 4.12: Temps travail

### 5. Informations sur l'entreprise

- 5.1: Nom
- 5.2 Code postal
- 5.3: Situation de l'employeur en appel
- 5.4: Forme sociale
- 5.5: Secteur (Réf: Insee, niveau 1)
- 5.6: Situation économique
- 5.7: Taille de l'entreprise

### 6. Autres parties au litige

- 6.1: Autres parties au litige 3: Nom
- 6.2: Autres parties au litige 3: Qualité
- 6.3: Autres parties au litige 3: Position
- 6.4: Autres parties au litige 4: Nom
- 6.5: Autres parties au litige 4: Qualité
- 6.6: Autres parties au litige 4: Position

### 7. Demande initiale devant la première juridiction

- 7.1: Place de la discrimination dans le litige
- 7.2: Objet de la demande principale (si différente de discrimination)
- 7.3: Objet de la demande spécifique-discrimination
- 7.4: Fondement de la demande spécifique
- 7.5 Exécution provisoire

### 8. Issue de la demande initiale

- 8.1: Sort de la demande principale devant les premiers juges (si différente de discrimination).
- 8.2: Montant octroyé par le 1er juge / sur la demande principale
- 8.3: Sort de la demande Discrimination (principale ou secondaire)
- 8.4: Montant octroyé par le 1er juge / discriminations
- 8.5: Autres mesures ordonnées par le 1er juge
- 8.6: Exécution provisoire

### 9. Résultats de l'appel

- 9.1: Demandes nouvelles en appel
- 9.2 Résultats de la demande nouvelle
- 9.3: Dispositif relatif à la décision attaquée, sur la demande principale (si différent de discrimination)
- 9.4: Montants octroyés / relatifs à la demande principale du salarié (si différent de discrimination).
- 9.5: Dispositif relatif à la décision attaquée sur la demande spécifique discrimination (principale ou accessoire)
- 9.6: Montant octroyé / relatif à la demande spécifique du salarié sur discrimination.
- 9.7: Autre mesure.
- 9.8: Montant Art. 700 octroyé au salarié
- 9.9 Montant de Art 700 octroyé à l'employeur

### 10. Commentaires libres (résumé et particularités de l'arrêt)

- 11. Textes (en clair). Retenir les textes spécifiques retenus par la Cour pour trancher le litige

### 12- Extension du litige

## **Deuxième partie : Les discriminations et l'égalité en matière sociale, mise en perspective**

■ *Evelyne Serverin*

Après lecture et codage, l'échantillon d'arrêts se présente sous forme d'une feuille de calcul de 2204 lignes et soixante et une colonnes. Ce corpus de données a été soumis à trois séries de traitements.

Une première série vise à évaluer l'ampleur du contentieux social en la matière, à la fois par comparaison aux autres domaines, et par rapport à l'activité sociale des cours d'appel (Chapitre 1).

Une deuxième série de traitements porte sur les arrêts retenus pour l'analyse, en croisant les motifs de discrimination avec les variables du fichier, avec pour objectif de repérer les spécificités des litiges sous les multiples dimensions saisies par la grille d'analyse. (Chapitre 2).

Une troisième série de traitements synthétise ces observations en mettant en évidence des configurations litigieuses par le traitement multivarié d'une sélection de variables (Chapitre 3).



## **Chapitre 1 : Discriminations et égalité devant les cours d'appel : un contentieux à caractère social, mais marginal**

La première information apportée par l'exploitation du fichier est la place occupée par la matière sociale dans les litiges de discrimination et d'égalité portés devant les cours d'appel (Section 1). La seconde est celle du poids de ce contentieux par rapport à la matière sociale traitée en appel (Section 2). Ces deux premières séries de mesures fourniront les ordres de grandeur indispensables pour donner leur exacte portée aux actions entreprises.

### **Section 1 : Prédominance de la matière sociale dans les litiges de discrimination et d'égalité en appel...**

Comme nous l'avons souligné, l'interrogation initiale a été volontairement conçue de manière à collecter tous les arrêts comportant les termes « discrimination » ou « travail égal », sans distinction de juridiction, de matière, ou de pertinence. La première variable du fichier (variable 1.4) a pour précisément pour finalité d'opérer un « tri » entre les arrêts, pour distinguer ceux qui entrent dans notre champ d'étude, et ceux qui n'y entrent pas. Chaque arrêt a été soumis à un premier « test » d'appartenance au champ de l'étude, en application de trois séries de critères : critères formels (hors échantillon, doublons, illisible...), critère de matière (affaires non sociales); critère du litige (absence de litige spécifique). L'application de ces critères d'appartenance a été plus ou moins facile selon les cas :

- L'application des critères formes d'exclusion ne présentait pas de difficulté.
- De même, la délimitation du champ du social, que nous avons définie de manière large, ne soulevait que peu de discussions. En effet, nous étions convenus de retenir les litiges individuels du travail ( prud'hommes), les litiges collectifs (tribunaux de grande instance), les infractions de droit pénal spécial ( tribunaux correctionnels), et les litiges liés aux régimes de retraite (tribunaux des affaires de sécurité sociale, tribunaux des pensions civiles et militaires).
- C'est la question de l'existence d'un litige de discrimination ou d'égalité dans les affaires prud'homales qui a soulevé le plus de difficultés de classement, nécessitant des arbitrages au moment du codage.

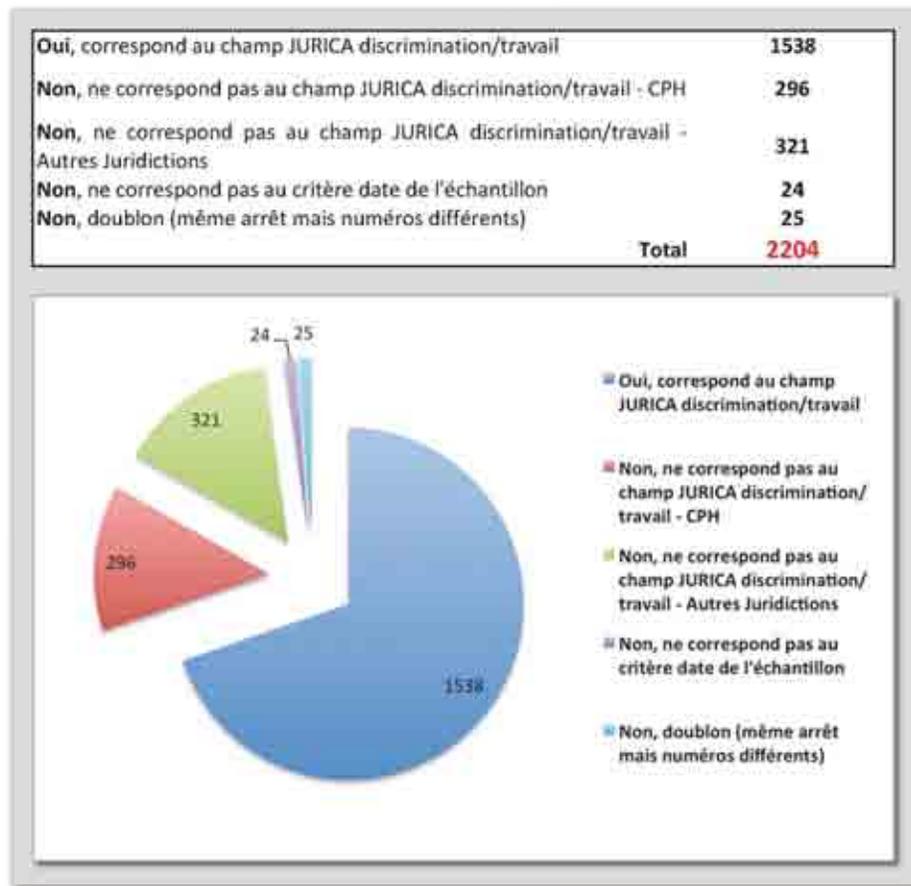
D'une part, nombre d'arrêts comportant l'un ou l'autre des termes recherchés sont apparus d'emblée ne comporter *aucun litige, même minime*, relatif à la discrimination ou l'égalité. Les termes de « discrimination » ou d'égalité font l'objet d'un emploi purement rhétorique, pour décrire par exemple une situation de difficultés au travail ou un harcèlement, l'expression « discrimination et harcèlement » formant un couple fréquemment utilisé dans ces arrêts.

D'autre part, il peut arriver que la discrimination soit *imputée au salarié demandeur à la procédure*, et constitue un motif de licenciement. Dans ce dernier cas, le salarié est

« actionné », mais « n'agit pas » en discrimination. Dans la mesure où notre recherche est orientée vers la compréhension des processus de *revendication* des droits, nous avons décidé de ne pas retenir ces arrêts, même s'ils ne sont pas sans intérêt au regard des obligations de prévention mises à la charge de l'employeur<sup>166</sup>.

L'application de ces différents critères d'exclusion a réduit de **666 arrêts** le corpus initial, soit 30%. L'échantillon d'arrêts entrant dans le champ de l'étude passe ainsi de **2204 à 1538 arrêts** (Figure 6 ci-après).

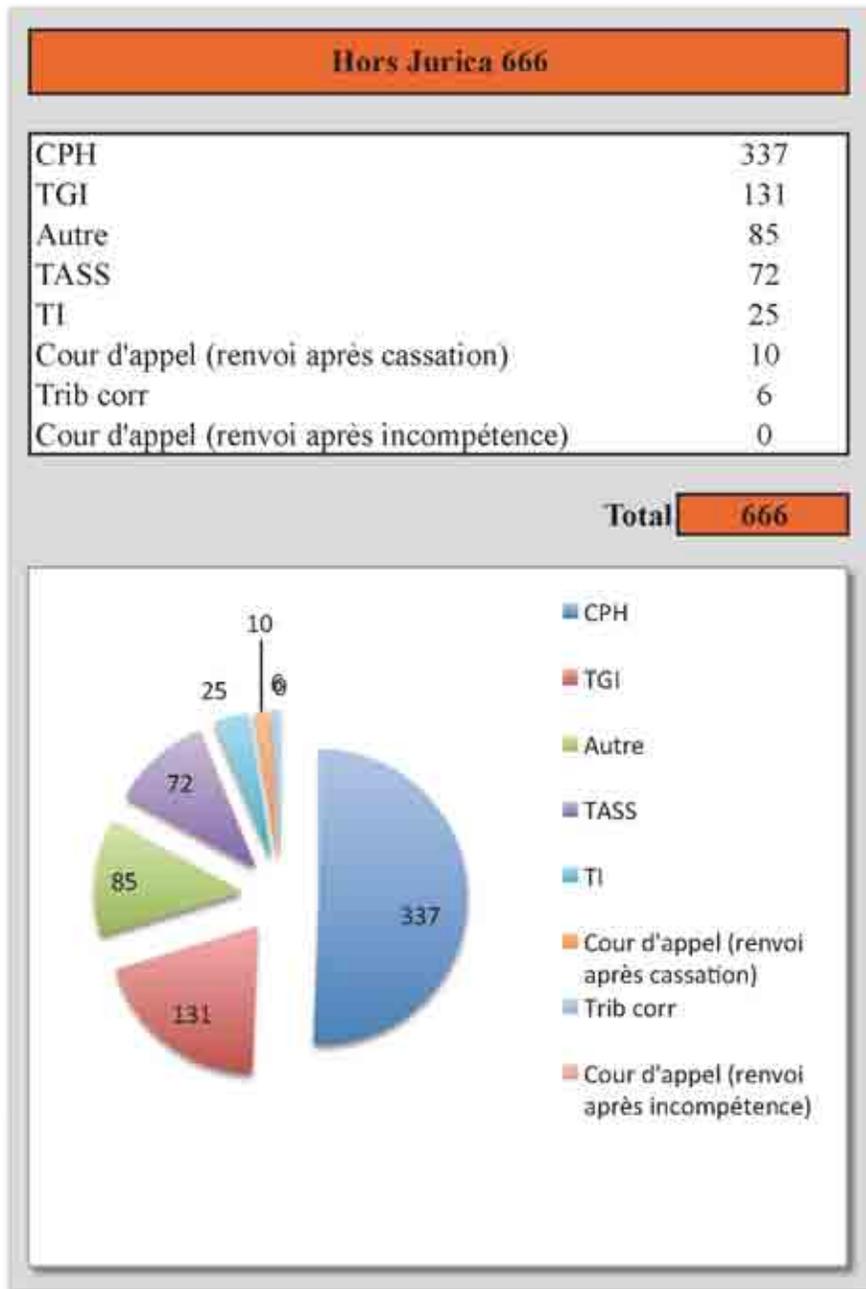
Figure 6 : Échantillon du corpus d'arrêts



<sup>166</sup> Article L. 4121-1 du code du travail : « L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent :1° Des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ;2° Des actions d'information et de formation ;3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes. ».

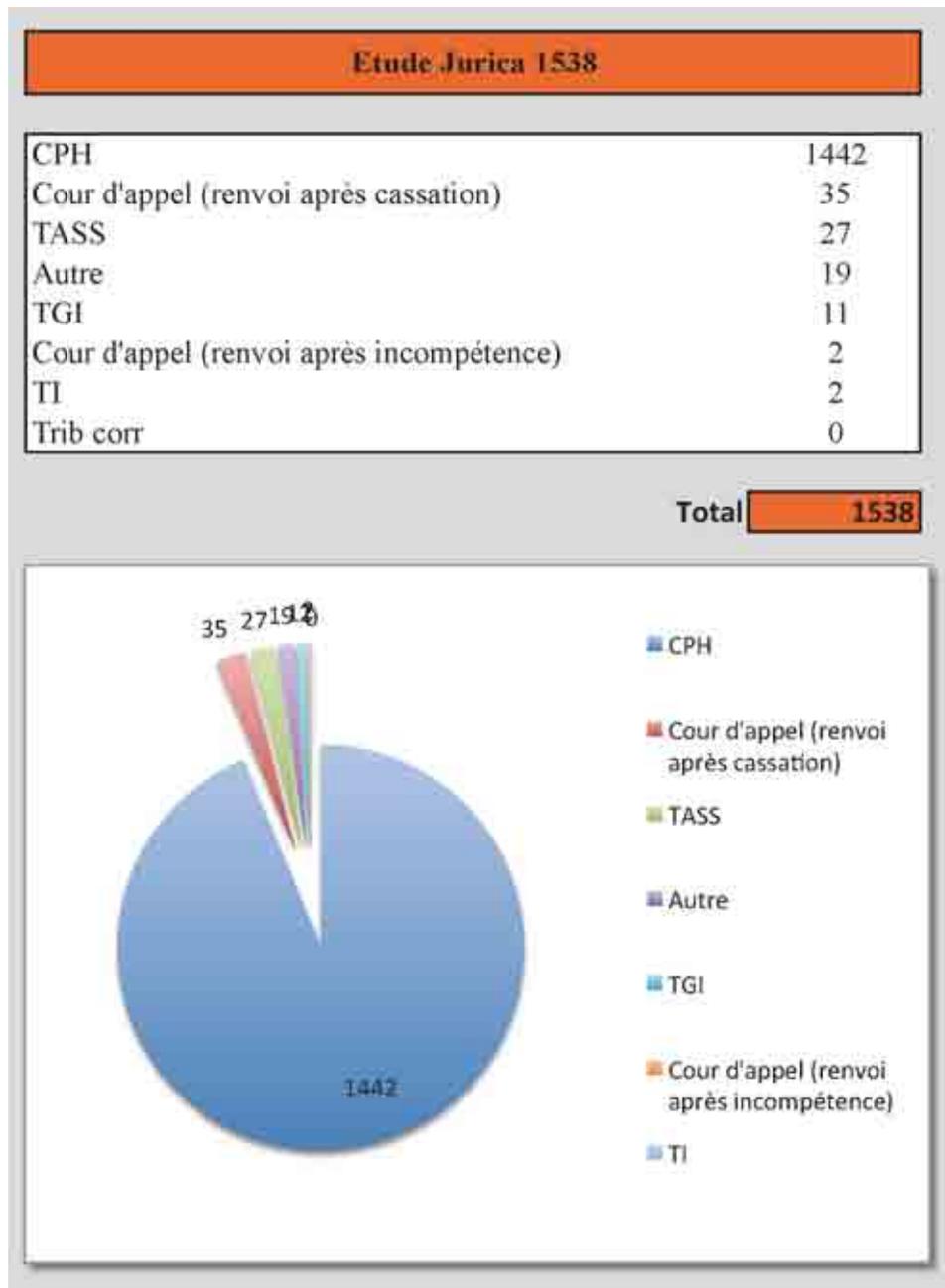
Une analyse plus fine des 666 arrêts exclus de l'étude par origine de juridiction montre que la matière prud'homale y est prédominante, avec un peu plus de la moitié des arrêts (Figure 7). Cette répartition confirme que le premier motif d'exclusion des arrêts est *l'absence de litige spécifique identifiable* dans une affaire prud'homale.

Figure 7 : Répartition des arrêts exclus par origine de juridiction



Sur les arrêts retenus, la prédominance des litiges individuels du travail est massive. En répartissant les arrêts par origine de juridiction, on constate en effet que 1442 arrêts sur les 1538 retenus proviennent des conseils prud'hommes, soit 93,7% des arrêts (Figure 8).

*Figure 8 : Répartition des arrêts retenus par origine de juridiction*



Ces premiers résultats décrivent une situation de concentration des litiges de discrimination en appel sur les relations individuelles de travail. Les matières exclues de la recherche, hors prud'hommes, ne représentent que 14,9 % de l'échantillon total des 2204 arrêts (329 sur 2204). Cela signifie que lorsqu'un débat est conduit sur ce thème devant une cour d'appel, c'est *plus de huit fois sur dix sur une question de droit du travail*. Ce résultat n'est pas le produit d'un biais d'interrogation. Certes, l'expression « travail égal » figurant dans notre interrogation est spécifique à la matière prud'homale. Mais cette expression est alternative au mot « discrimination », dont le champ d'application n'est pas associé spécifiquement à une matière, et dont on aurait pu attendre qu'il retourne davantage de situations de la vie quotidienne, comme en matière d'accès au logement, ou de biens et services.

Pour avoir un point de référence, on peut rechercher la part des réclamations en droit du travail dans les affaires traitées au cours de la même période par la Halde (figure 9 ci-dessous). On constate que de 2007 à 2010, la carrière dans l'emploi privé figure en tête des réclamations tous domaines confondus (24% en 2007, 26,7% en 2010). Si on y ajoute les demandes relatives à l'embauche (entre 6,8 et 10% au cours de la période), le secteur de l'emploi privé représente un tiers des affaires de 2007 à 2010, avec un doublement en quatre ans des effectifs (de 1996 demandes en 2007 à 4173 en 2010). Par comparaison, les demandes qui relèvent de la compétence des juges judiciaires (logements privés, bien et services privés), représentent en moyenne annuelle autour de 13 % des demandes. Autrement dit, toutes choses égales par ailleurs, l'emploi privé forme également le noyau dur des réclamations soumises à la Halde, qui constitue (au moins pour la période étudiée), un partenaire utile sur ce terrain.

Figure 9 : Les litiges de discrimination par secteur devant la HALDE<sup>167</sup>

Réclamations enregistrées par domaine	2005		2006		2007		2008		2009		2010	
	Nombre	% du total	Nombre	% du total	Nombre	% du total						
<b>Emploi dont :</b>	<b>666</b>	<b>47%</b>	<b>1 740</b>	<b>43%</b>	<b>3 117</b>	<b>50%</b>	<b>4 354</b>	<b>50%</b>	<b>5 112</b>	<b>48,5%</b>	<b>6 201</b>	<b>49,7%</b>
Emploi privé - embauche	138	10%	332	8%	509	8%	854	10%	925	9,0%	844	5,8%
Emploi privé - carrière	273	19%	726	18%	1 487	24%	2 011	23%	2 391	22,5%	3 329	26,7%
Emploi public - embauche	72	5%	160	4%	263	4%	239	3%	355	3,5%	290	2,2%
Emploi public - carrière	183	13%	522	13%	858	14%	1 250	14%	1 441	13,5%	1 748	14,0%
<b>Réglementation</b>	<b>98</b>	<b>7%</b>	<b>287</b>	<b>7%</b>	<b>209</b>	<b>8%</b>	<b>579</b>	<b>7%</b>	<b>519</b>	<b>5,0%</b>	<b>504</b>	<b>4,2%</b>
<b>Fct des services publics</b>	<b>237</b>	<b>17%</b>	<b>624</b>	<b>15%</b>	<b>757</b>	<b>12%</b>	<b>905</b>	<b>10%</b>	<b>1 082</b>	<b>10,0%</b>	<b>1 429</b>	<b>11,5%</b>
<b>Biens et services privés</b>	<b>116</b>	<b>8%</b>	<b>384</b>	<b>9%</b>	<b>825</b>	<b>13%</b>	<b>1 081</b>	<b>12%</b>	<b>1 082</b>	<b>10,0%</b>	<b>1 325</b>	<b>10,6%</b>
<b>Logement dont :</b>	<b>78</b>	<b>6%</b>	<b>177</b>	<b>6%</b>	<b>380</b>	<b>6%</b>	<b>543</b>	<b>6%</b>	<b>577</b>	<b>5,5%</b>	<b>629</b>	<b>5,0%</b>
Logement public	39	3%	91	4%	202	3%	213	2%	232	2,0%	239	1,9%
Logement privé	39	3%	86	2%	178	3%	330	4%	345	3,5%	390	3,1%
<b>Éducation dont :</b>	<b>72</b>	<b>5%</b>	<b>220</b>	<b>5%</b>	<b>284</b>	<b>5%</b>	<b>478</b>	<b>5%</b>	<b>602</b>	<b>6,0%</b>	<b>583</b>	<b>4,7%</b>
Éducation - primaire	20	1%	79	2%	118	2%	188	2%	272	2,5%	286	2,3%
Éducation - universités	25	2%	50	1%	34	1%	87	1%	79	1,0%	75	0,6%
Éducation - diverses formations	27	2%	91	2%	132	2%	203	2%	251	2,5%	222	1,8%
<b>Autre</b>	<b>143</b>	<b>10%</b>	<b>626</b>	<b>15%</b>	<b>350</b>	<b>6%</b>	<b>765</b>	<b>9%</b>	<b>1 571</b>	<b>15,0%</b>	<b>1 796</b>	<b>14,3%</b>
<b>Total</b>	<b>1 410</b>		<b>4 058</b>		<b>6 222</b>		<b>8 705</b>		<b>10 545</b>		<b>12 467</b>	

La rubrique "Autre" comprend, pour l'essentiel, les réclamations ne relevant pas de la compétence de la HALDE.

## Section 2 : ...mais une faible place en matière prud'homale et dans les cours d'appel

Si la matière prud'homale est *dominante* devant les cours d'appel lorsqu'il est question de discrimination et d'égalité, cela ne signifie pas pour autant que ces réclamations sont *fréquentes* devant les juridictions du travail. Pour prendre la mesure de cette fréquence, il faut rapporter ces cas à la population « soumise au risque », c'est-à-dire aux affaires déferées en appel pour chaque type de juridiction (A), et dans chaque cour d'appel (B). A cela, nous avons ajouté la variable relative au départage, pour identifier la proportion d'arrêts formés sur des décisions prises par des juges professionnels (C).

<sup>167</sup> Rapport annuel de la Halde 2010, p. 22.

**A : Discrimination et égalité, une thématique très peu abordée en matière prud'homale**

Compte tenu de la prédominance des arrêts de notre corpus statuant sur des décisions prud'homales (94%), nous nous sommes tenus pour cette mesure aux seuls arrêts provenant de ces juridictions. Pour établir ce taux, nous avons placé au numérateur, par année, le nombre des arrêts de l'échantillon retenus pour l'enquête provenant des conseils de prud'hommes (1442), et au dénominateur, le nombre d'arrêts d'appel terminés au cours des mêmes années en provenance des prud'hommes<sup>168</sup>. La figure 10 ci-après montre que ce taux est très faible : il fluctue autour de 2 %, sauf pour l'année 2009 où il atteint 3,27 %. Ces taux se situent encore en-deçà des estimations que nous avons établies lors de notre première interrogation de la base JURICA en 2011. En comparant dans la base primaire les arrêts contenant les termes recherchés, à l'ensemble des arrêts contenant le mot « prud'hommes », nous avons alors estimé à un maximum de 4,8% la part des arrêts de la matière prud'homale comportent des réclamations concernant notre objet d'étude. Après analyse des arrêts, et une fois éliminés ceux dans lesquels la discrimination ne fait pas l'objet d'un litige détectable, il apparaît que nous étions au-dessus de la vérité, et que l'étiage des recours est plus bas qu'attendu.

Figure 10 : Les litiges de discrimination et d'égalité en appel sur les décisions prud'homales (2007-2012) Source : Étude Jurica/PEJC

	Total résultat CA	Total résultat CA sur décisions CPH	Total résultat CA mois de sept à nov sur décisions CPH	CPH sur Echantillon Jurica	% CPH sur Echantillon Jurica
<b>2010</b>	233 558	44 853	13 456	367	2,73
<b>2009</b>	229 196	48 424	14 957	489	3,27
<b>2008</b>	217 412	47 320	14 551	299	2,05
<b>2007</b>	205 902	48 198	14 406	287	1,99
			<b>Total</b>	<b>1442</b>	

<sup>168</sup> Ces données nous ont été fournies par le Pôle d'évaluation de la justice civile.

**B : Des actions en faible nombre dans toutes les cours d'appel**

Nous avons voulu savoir si la variable locale jouait un rôle, et si des différences existaient entre les cours d'appel sur ce type de litige. Pour cela, nous avons demandé à la DACS une ventilation par année et par cour d'appel des affaires terminées par les cours d'appel, au cours de la période correspondant à notre échantillon.

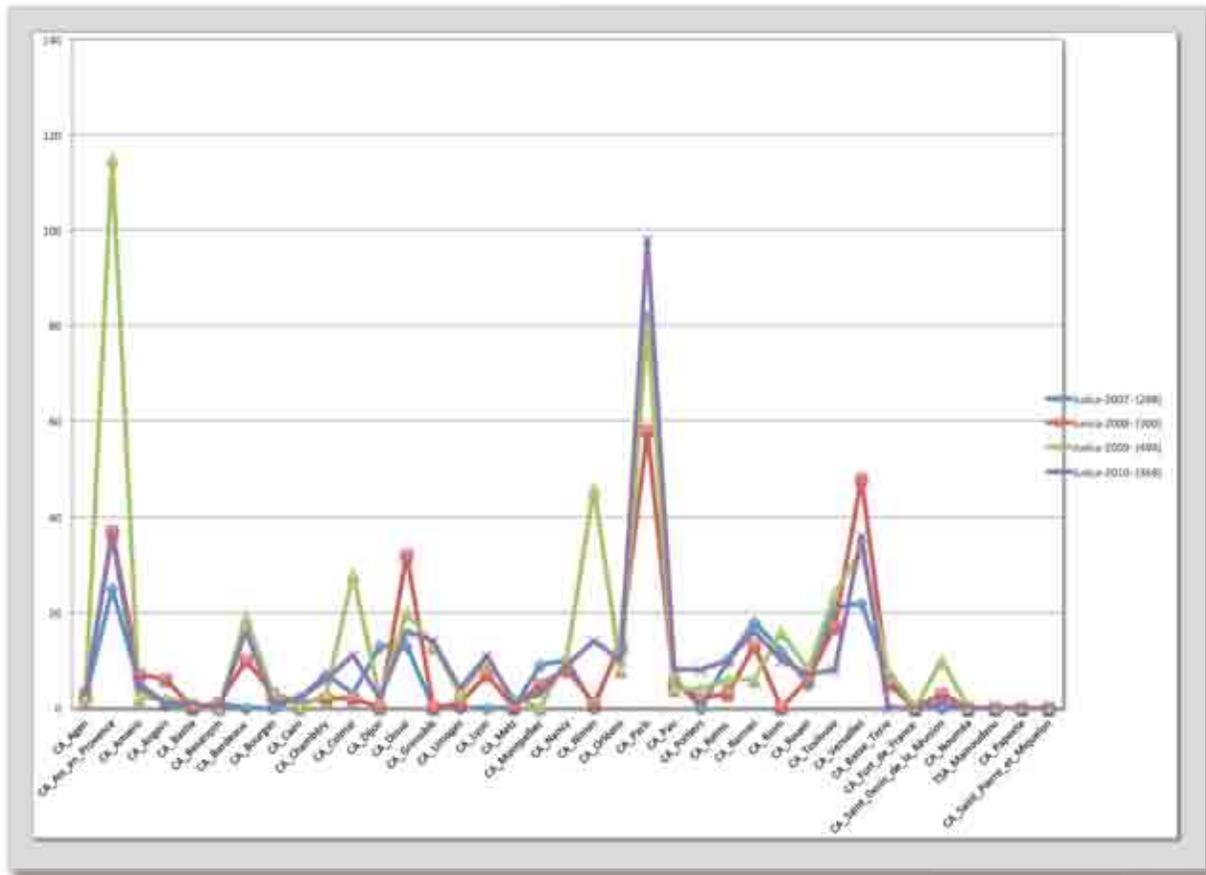
Le tableau (figure 11) et le graphique (figure 12) ci-dessous répartissent sur les mêmes périodes et par cour d'appel les arrêts correspondant à l'objet de l'étude, et les arrêts terminés. On constate que la faiblesse du contentieux discrimination/égalité est généralisée. Notamment, les cours les plus importantes, comme Paris et Versailles, dont on aurait pu attendre qu'elles soient en pointe sur ce type de litiges, ne connaissent pas de scores plus élevés qu'ailleurs, et présentent les mêmes amplitudes de taux (entre 2,17 et 3,14 et pour Paris, et entre 1,67 et 3,62 pour Versailles).

Figure 11 : Les litiges de discrimination en matière sociale par cour d'appel

	Jurice-2007- (288)	Ventilation chancellerie 2007(14406)	2007 %	Jurice-2008- (300)	Ventilation chancellerie 2008(14 551)	2008 %	Jurice-2009- (494)	Ventilation chancellerie 2009(14957)	2009 %	Jurice-2010- (369)	Ventilation chancellerie 2010(13456)	2010 %
CA Agen	2	110	1,82	3	86	3,49	2	116	1,72	3	40	7,50
CA Aix en Provence	25	1 649	1,52	37	1 612	2,30	115	1 537	7,48	36	1 388	2,59
CA Amiens	5	311	1,81	7	342	2,05	2	710	0,28	4	294	1,36
CA Angers	1	184	0,54	6	188	3,19	2	176	1,14	1	91	1,10
CA Bastia	0	65	0,00	0	50	0,00	1	87	1,15	1	0	0*
CA Besançon	1	118	0,86	1	127	0,79	0	178	0,00	0	168	0,00
CA Bordeaux	0	426	0,00	10	483	2,07	19	468	4,06	16	371	4,31
CA Bourges	0	152	0,00	3	160	1,88	3	140	2,14	1	102	0,98
CA Caen	2	258	0,78	1	207	0,48	0	149	0,00	2	167	1,20
CA Chambéry	7	253	2,77	2	167	1,20	3	157	1,91	6	150	4,00
CA Colmar	3	612	0,49	2	363	0,55	28	390	7,18	11	255	4,31
CA Dijon	13	230	5,65	0	175	0,00	2	279	0,72	2	187	1,07
CA Douai	13	865	1,47	32	919	3,48	20	1 313	1,52	16	909	1,76
CA Grenoble	0	393	0,00	0	422	0,00	13	346	3,76	14	321	4,36
CA Limoges	0	116	0,00	1	100	1,00	3	94	3,19	4	115	3,48
CA Lyon	0	651	0,00	7	621	1,13	10	642	1,56	11	593	1,85
CA Metz	0	235	0,00	0	300	0,00	2	334	0,60	1	23	4,35
CA Montpellier	8	574	1,67	5	535	0,93	0	411	0,00	3	442	0,68
CA Nancy	10	343	2,92	8	427	1,87	11	370	2,97	9	233	3,86
CA Nîmes	0	250	0,00	1	343	0,29	46	390	11,79	14	147	9,52
CA Orléans	14	256	5,47	13	235	5,53	8	213	3,76	10	261	3,83
CA Paris	82	2 614	3,14	58	2 678	2,17	80	2 664	3,00	98	3 647	2,69
CA Pau	6	143	4,20	5	156	3,21	4	242	1,65	8	189	4,23
CA Poitiers	0	166	0,00	2	245	0,82	4	200	2,00	8	229	3,49
CA Reims	10	290	3,45	3	262	1,15	6	203	2,96	10	170	5,88
CA Rennes	18	417	4,32	13	426	3,05	6	401	1,50	16	337	4,75
CA Riom	12	229	6,24	0	442	0,00	16	237	6,75	10	196	5,10
CA Rouen	5	428	1,17	6	364	1,65	8	465	1,72	7	378	1,85
CA Toulouse	21	491	4,28	17	479	3,55	24	499	4,81	8	301	2,66
CA Versailles	22	1 316	1,67	48	1 326	3,62	33	1 211	2,73	36	1 323	2,72
CA Basse Terre	8	100	6,00	5	84	5,95	8	112	7,14	0	133	0,00
CA Fort de France	0	44	0,00	0	45	0,00	0	53	0,00	0	58	0,00
CA Saint Denis de la Réunion	0	99	0,00	3	182	1,65	10	146	6,85	1	220	0,45
CA Nouméa	0			0			0			0		
TSA_Marouadzou	0			0			0			0		
CA Papeete	0			0			0			0		
CA Saint Pierre et Miquelon	0			0			0			0		
<b>Total</b>	<b>287</b>	<b>+</b>	<b>299</b>	<b>+</b>	<b>489</b>	<b>+</b>	<b>367</b>	<b>=</b>	<b>1442</b>			

On peut également relever dans certaines cours d'appel des variations de taux importantes d'une année sur l'autre. Ces fluctuations signalent l'arrivée de séries d'affaires. En effet, en raison du très faible nombre de litiges portant ces revendications, les scores sont particulièrement sensibles à ce phénomène de séries<sup>169</sup>. Pour ne prendre qu'un exemple, le score de la Cour d'appel de Nîmes en 2009 (près de 12 % des arrêts rendus par cette cour cette année concernant des affaires de discrimination ou d'égalité), tient à l'arrivée d'une série de 27 demandes concernant la même entreprise<sup>170</sup>. La figure 12 ci-après fait apparaître une ventilation « en dents de scie » par année et par cour d'appel, illustrant la configuration aléatoire de la distribution.

Figure 12 : Répartition des arrêts de l'échantillon dans les cours d'appel



De ce premier tri des arrêts, on retiendra trois enseignements principaux :

<sup>169</sup> L'effet perturbateur des séries sur les petits effectifs est connu de longue date. V. sur ce point E. Serverin, B. Munoz-Perez, "L'exercice des voies de recours contre les décisions prud'homales", Infostat Justice n° 17, oct. 1990.

<sup>170</sup> Nîmes, 13 octobre 2009, n°s 08/03527 et s. 27 salariés, hommes et femmes, demandent le bénéfice de jours de congé supplémentaires accordés par une convention collective, au titre de l'assiduité pour les femmes, et au bénéfice des mères de famille, pour les hommes. Ces arrêts sont analysés dans le Chapitre 3 de la troisième partie.

-Le poids de la matière prud'homale dans les litiges impliquant la discrimination ou le travail égal ;

-La faible proportion des arrêts terminés en matière prud'homale qui traitent de ces questions ;

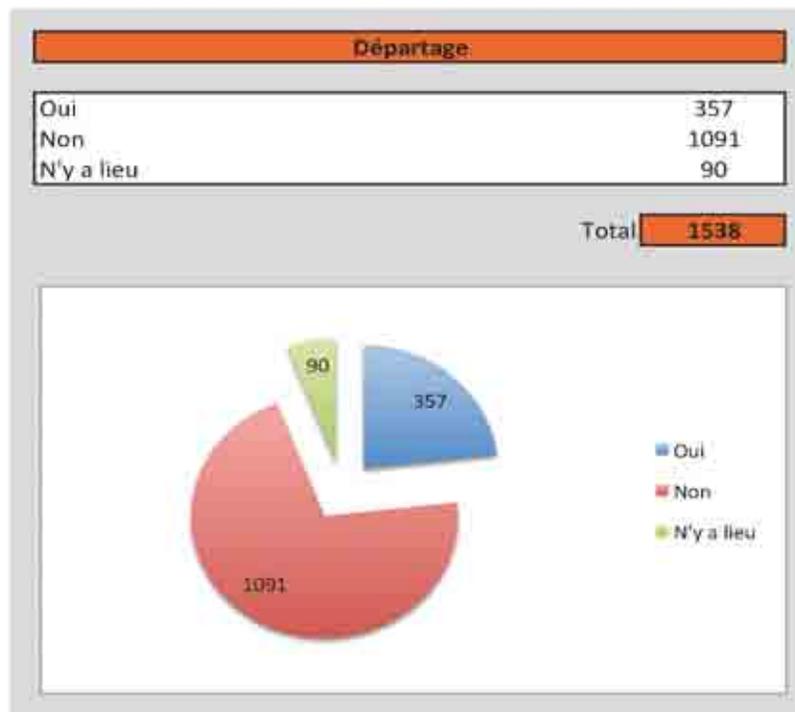
-La dispersion des arrêts dans le temps et dans l'espace, exclusive de régularités, et qui n'autorise pas à parler de « jurisprudences locales ».

Cette configuration nous permet d'écartier d'ores et déjà cette dimension locale comme variable explicative de l'action en justice en ces matières. Nous n'en ferons donc plus mention dans la suite de l'étude, sauf pour signaler les séries locales qui influent sur les résultats.

### ***C : Des décisions fréquemment rendues par des formations de départage***

La variable départage permet d'identifier la formation d'où provient la décision attaquée. On sait qu'en moyenne annuelle, devant les conseils de prud'hommes, le taux de décisions rendues en départage est relativement faible, autour de 10% sur la période 2004-2012<sup>171</sup>. L'analyse de la distribution des arrêts selon la décision attaquée montre que pour les affaires prud'homales, ce pourcentage est près de deux fois et demie supérieur à cette moyenne annuelle, avec 24,5% de décisions rendues dans cette formation de jugement (Figure 13).

*Figure 13 : Effectif de départage*



<sup>171</sup> Guillonnet et Serverin, op. cit. p. 26.

Si on croise ce résultat avec la variable de la place de la discrimination dans le litige, on constate que le pourcentage de décisions prud'homales rendues en départage est le plus élevé pour les affaires dans lesquelles la *discrimination est l'objet principal du litige*, avec 43,7% de décisions prises selon cette formation (voir les figures 14 et 15 ci-dessous). Cette observation est importante à un double titre :

-d'une part pour la mesure de l'intérêt des litiges : les affaires de discrimination et d'égalité qui viennent à titre principal devant les cours d'appel ne sont pas le « tout venant » des litiges prud'homaux, mais émanent de la fraction la plus « disputée » de ces litiges, ceux pour lesquels les conseillers n'ont pu trouver une solution majoritaire ;

-d'autre part, au regard de la position des cours d'appel dans les litiges : s'agissant de revendications principales en matière de discrimination ou d'égalité, les juges d'appel sont confrontés dans près de la moitié des cas à des décisions rendues par des formations échevinées, où le juge professionnel a le plus souvent statué seul après avoir pris l'avis des conseillers présents. Dans ces cas, le « dialogue entre juges » ne s'établit plus entre juges de métiers et juges élus, mais se déroule « entre soi », réduisant le risque de réformation des décisions.

Figure 14 : Histogramme, proportion de départage selon l'objet principal de la demande

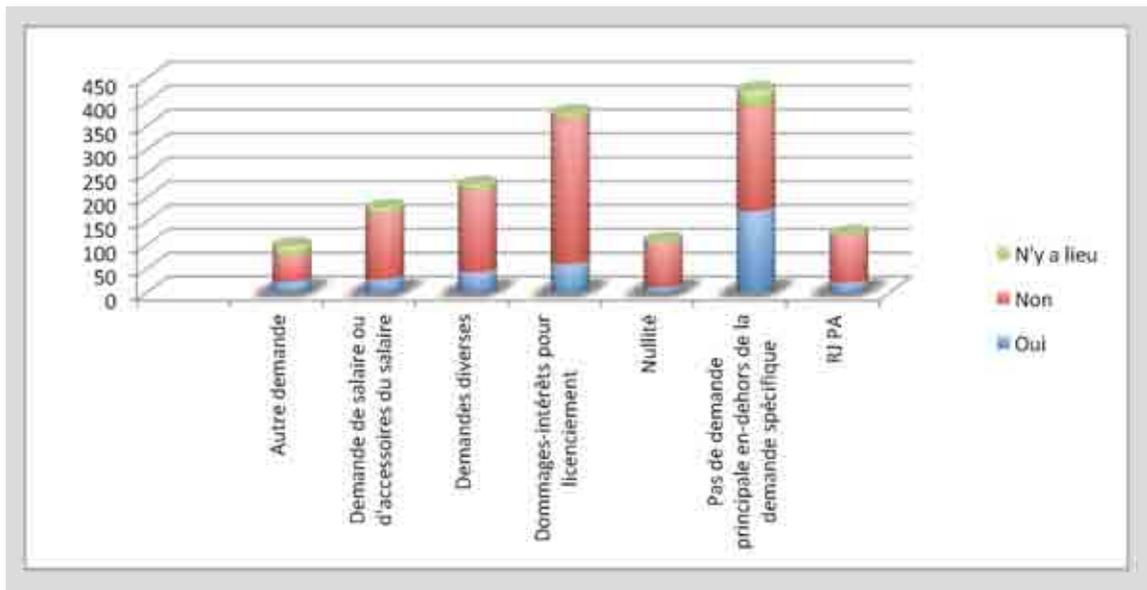


Figure 15 : Tableau, proportion de départage selon l'objet principal de la demande

Objet de la demande principale (si différente de discrimination) \ Départage	Oui	Non	N'y a lieu	Total
Autre demande	23	55	20	98
Demande de salaire ou d'accessoires du salaire	28	139	11	178
Demandes diverses	43	174	10	227
Dommages-intérêts pour licenciement	60	308	9	377
Nullité	11	94	4	109
Pas de demande principale en-dehors de la demande spécifique	171	220	34	425
RJ PA	21	101	2	124
<b>Total</b>	<b>357</b>	<b>1091</b>	<b>90</b>	<b>1538</b>



## Chapitre 2 : Des motifs en contexte

Nous en venons à présent au cœur de l'analyse des 1538 arrêts, avec le traitement des variables codées pour chacun des arrêts appartenant à notre domaine d'observation. Trois remarques préalables doivent être faites sur ces variables avant d'entrer dans le détail des résultats.

- ▲ En-dehors des variables qui n'ont qu'une finalité instrumentale (les noms des codeurs, les numéros de répertoire général, les noms d'entreprise, etc.), certaines variables pourtant pertinentes n'ont pu être exploitées, faute de renseignements disponibles dans les arrêts. En effet, malgré les précautions prises pour ne retenir que des informations qui avaient une chance de figurer dans les arrêts, certaines données se sont révélées trop souvent absentes: c'est le cas pour quatre variables, deux relatives au salarié (4.3, année de naissance et 4.11 rémunération), une relative à l'entreprise (5.7, taille de l'entreprise), et une relative à l'exécution provisoire devant les premiers juges (7.5). Ces lacunes ont deux sources. Une partie tient à l'absence de reprise des conclusions dans le corps de l'arrêt. En effet, depuis un décret du 28 décembre 1998, l'article 455 du code de procédure, applicable devant toutes les juridictions, prévoit que « *Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. (...)* ». Les cours ne se privent pas d'user du deuxième alinéa de ce texte, ce qui réduit sensiblement le détail des informations. D'autres lacunes sont liées à la nature même du matériau utilisé. Nombre d'informations pertinentes (comme les dates de naissance, les codes SIREN et SIRET des entreprises, les salaires...) ne figurent pas dans les arrêts mais dans les dossiers, qui sont hors de notre champ d'observation. *Nous rencontrons ici la limite de la base étudiée, et que nous avons rappelée en introduction de ce chapitre, qui est d'être une base d'arrêts, et non de dossiers.* Pour aller plus loin dans le détail des affaires, il faut pouvoir accéder à ces dossiers, ce qui relève d'une démarche qualitative que nous n'avons suivie que très ponctuellement<sup>172</sup>.
  
- ▲ A l'inverse, des variables nouvelles ont été créées à partir des données collectées : c'est ainsi que les dates collectées ont permis de calculer l'ancienneté du salarié et la durée de la procédure (temps écoulé depuis la première décision).
  
- ▲ Les modalités des variables ont été regroupées pour faciliter le traitement des données. Ces regroupements ont été réalisés au cas par cas, en fonction des traitements réalisés. Dans tous les cas, nous indiquons en note la liste des modalités regroupées.

Sous le bénéfice de ces remarques, la présentation des résultats sera organisée autour de la

---

<sup>172</sup> Pour un exemple d'étude de dossier, v. troisième partie, chapitre 3, à propos de la discrimination syndicale.

variable que nous cherchons à expliquer, désignée dans notre grille d'analyse sous l'expression « fondement de la demande spéciale ». Cette variable décline sous forme de liste les motifs susceptibles de faire l'objet d'une demande. Nous avons pris le parti de ne pas procéder par avance à des regroupements, pour saisir les motifs tels que les parties les désignent dans les litiges. *En effet, notre démarche n'est pas celui du juriste-dogmaticien, qui cherche à évaluer la « justesse » des qualifications, mais celle d'un observateur qui cherche à identifier et à expliquer les qualifications retenues par les parties et les juges.*

Nous avons finalement retenu 22 modalités, auxquelles nous avons ajouté trois modalités « refuge » destinées à rendre compte de situations particulières (multiples, autre, aucune), soit au total 25 modalités <sup>173</sup>:

*Egalité de rémunération (« à travail égal, salaire égal »), Egalité de traitement (autre que rémunération) Egalité de traitement femme-homme, Sexe, État de grossesse, Origine, Mœurs, Orientation sexuelle, Age, Situation de famille, Caractéristiques génétiques, Ethnie, Race, Nationalité, Opinions politiques, Activités syndicales ou mutualistes, Convictions religieuses, Apparence physique, Nom de famille ou patronyme, État de santé, Handicap, Grève, Multiples, Autre, Aucune.*

Cette énumération ne constitue pas une véritable *nomenclature*, dont les modalités seraient exclusives les unes des autres, mais une simple *liste d'éléments*, dont les contenus ne sont pas définis, et qui sont susceptibles de se chevaucher <sup>174</sup>.

Nous aurons l'occasion de revenir à maintes reprises sur cette caractéristique singulière des textes relatifs aux discriminations, qui a pour effet d'autoriser l'indexation de situations comparables sous des dénominations diverses.

Il en résulte que les qualifications données par les parties aux faits incriminés, ainsi que l'accueil qu'en font les juges, peuvent être vus comme autant de *représentations* de ce que les uns et les autres considèrent comme *appropriés* pour désigner une situation donnée.

---

<sup>173</sup> V. supra, première partie, chapitre 2.

<sup>174</sup> Sur la distinction nomenclature/liste, v. notre étude, E. Serverin, Chr. Beroujon et, S. Bruxelles, Classer-Coder, rapport pour le Conseil de la recherche du ministère de la justice, 1988, 240 p. + annexes

Pour restituer le sens de ces actions, nous établirons, et commenterons successivement trois tableaux généraux.

Un premier tableau (figure 16) détaillera les modalités de la variable « fondement » qui ont été codées au moins une fois (Section 1).

Un second tableau général (figure 17) croisera les modalités regroupées de la variable « fondement », avec les modalités également regroupées des autres variables du fichier. Nous en commenterons les principaux enseignements, en complétant l'analyse par un tableau de résultats sur les demandes principales hors discrimination, et en croisant les résultats de l'action spécifique entre le premier degré et l'appel (Section 2).

Le tableau général sera ensuite détaillé en une série de figures comparatives entre les trois principaux motifs d'action (Syndicats, égalité de rémunération, égalité de traitement (Section 3).

### **Section 1 : De la concentration des motifs**

Clé de notre étude, la variable « fondement » décline toutes les catégories de motifs qui s'offrent à celui qui agit en discrimination ou sur l'égalité. Rappelons que cette modalité est codée à partir des termes et expressions *employés par les parties et les juges*, enrichis par le contexte lorsque ces termes sont imprécis ou ne figurent pas dans la liste. Par exemple, la formule « discrimination salariale », qui se rencontre dans nombre de litiges, peut s'entendre selon le contexte comme une variante du « travail égal », ou comme une inégalité « femme-homme ».

Pour les occurrences inclassables de discrimination nous avons prévu une modalité « autre ». Lorsque la discrimination, bien que soutenue dans le litige, ne repose sur aucun fondement, c'est la modalité « aucune » qui est renseignée.

Une modalité « multiple » est également prévue pour les cas d'énumération de motifs de nature différente (par exemple, race et sexe). La figure 16 ci-après développe toutes les modalités de la variable qui ont été codées au moins une fois, soit 23 sur 25<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Les caractéristiques génétiques et les mœurs n'ont jamais été visées dans notre corpus.

Figure 16 : les fondements de la demande spécifique

Fondements	Nb d'arrêts	%	% cumulé
Egalité de rémunération (« à travail égal, salaire égal »)	400	26,01	26,10
Activités syndicales ou mutualistes	370	24,06	50,16
Egalité de traitement (autre que rémunération)	243	15,80	65,96
Etat de santé	100	6,50	72,46
Egalité de traitement femme-homme	96	6,24	78,70
Autre	84	5,46	84,16
Age	39	2,54	86,70
Multiples	38	2,47	89,17
Race	33	2,15	91,31
Grève	31	2,02	93,33
Etat de grossesse	29	1,89	95,22
Handicap	18	1,17	96,39
La situation de famille	11	0,72	97,10
Origine	10	0,65	97,75
Aucune	8	0,52	98,27
Nationalité	8	0,52	98,79
Orientation sexuelle	6	0,39	99,18
Sexe	5	0,33	99,51
Apparence physique	3	0,20	99,70
Ethnie	3	0,20	99,90
Maternité	1	0,07	99,96
Opinions politiques	1	0,07	99,99
Patronyme	1	0,07	100,00
<b>Total</b>	<b>1538</b>		

Ce qui frappe à la première lecture du tableau, c'est la concentration des motifs. Les trois premiers d'entre eux (égalité de rémunération, activités syndicales ou mutualistes, égalité de traitement) représentent à eux seuls 65,9 % des fondements. En ajoutant l'état de santé et l'égalité de rémunération femme-homme, on parvient à près de 79% des motifs. Tous les autres n'existent qu'à l'état de trace.

Pour une vision plus synthétique, nous pouvons rapprocher les motifs rencontrés dans notre corpus selon leur proximité sémantique, ce qui permet de dégager quatre ensembles:

-Le premier est formé par les deux grands *principes d'égalité abstraite*: égalité de rémunération (travail égal), égalité de traitement autre que rémunération. A eux seuls, ils représentent 41,9 % des motifs. La forte présence de ces motifs d'égalité « abstraite » est particulièrement intéressante au regard de la préférence française pour le recours aux principes d'égalité<sup>176</sup>. Elle peut également indiquer une plus grande maniabilité des principes abstraits dans l'action judiciaire, au regard des motifs spécifiques portés par le droit des discriminations. Nous y reviendrons.

-Le deuxième ensemble regroupe des motifs liés à des *discriminations « ciblées »* sur des *caractéristiques personnelles* des salariés. Cet ensemble composite représente 23,6% des arrêts, regroupant l'état de santé (6,5 % de l'ensemble des arrêts), l'égalité de traitement femme-homme (6,2%), et une liste de 14 motifs énumérés, comme la race, l'orientation sexuelle etc. (10,9%). C'est bien peu au regard de la longue liste de motifs discriminatoires qui peuvent être contestés devant les tribunaux, et on verra qu'au surplus, les résultats de ces actions ne sont guère probants.

-Le troisième ensemble réunit deux motifs liés à des qualités ou à des actions *liées à l'entreprise* (syndicat et grève) : il représente 26 % des motifs.

- Un dernier groupe rassemble les revendications peu, ou mal caractérisées (discriminations multiples, aucun, autre). Il représente 8,39% des motifs.

Ces regroupements mettent en évidence la place réduite occupée par les discriminations liées à un certain « état » des personnes. Il semble exister une grande distance entre ce que les promoteurs des textes et les observateurs considèrent comme des discriminations particulièrement reprochables, et ce que les parties mettent en avant dans les procédures.

*Ce que l'on peut dire en l'état de ces premières observations, c'est que les salariés semblent se situer plus facilement dans une problématique d'égalité au regard de ce qu'ils font dans le travail, que comme « victimes » de discriminations en raison de ce qu'ils sont.*

---

<sup>176</sup> V. Supra, Première partie, chapitre 2.

Il nous faut avancer dans l'analyse des données pour en savoir plus sur le contexte de ces actions.

## **Section 2 : Des actions en contexte**

Pour disposer d'une vue d'ensemble des principales caractéristiques des fondements, nous avons construit un tableau général des motifs et de leurs contextes, en regroupant les modalités des variables (Figure 17 ci-dessous). Les fondements ont été ramenés à neuf modalités<sup>177</sup>. Treize variables, dont les modalités ont été également regroupées, ont été croisées avec ces huit modalités.

Ce tableau sera lu dans la colonne marginale, et à l'intérieur de chacune, nous rechercherons les spécificités de chaque motif.

---

<sup>177</sup> (1) La catégorie « Discrimination Genre » regroupe le sexe, l'état de grossesse, la situation de famille, la maternité  
(2) La catégorie « Origines » regroupe l'ethnie, la nationalité, l'origine, la race, le patronyme.  
(3) La catégorie « Divers » regroupe l'apparence physique, la grève, le handicap, les opinions politiques, l'orientation sexuelle, l'âge, multiples, et aucune.

Figure 17 : Tableau des motifs en situation

Variables \ Fondements*	Activités syndicales ou mutualistes	Egalité de rémunération (« à travail égal, salaire égal »)	Egalité de traitement (autre que rémunération)	Egalité de traitement femme-homme	Discrimination Genre*	Origines*	Etat de santé	Autre	Divers*	Total
<b>Sexe (4.2)</b>										
Féminin	88	162	74	43	41	17	43	25	58	351
Masculin	280	238	169	53	4	38	57	59	85	983
NY a lieu	2	0	0	0	1	0	0	0	1	4
<b>Place de la discrimination dans le litige (7.1)</b>										
Objet principal de la demande	152	84	93	61	5	11	33	5	30	474
Moyen au soutien de la demande principale	55	47	63	7	24	23	19	40	36	314
Objet d'une demande secondaire	138	234	75	28	15	9	42	30	68	439
Moyen au soutien d'une demande secondaire	11	31	12	0	1	5	5	9	6	80
Divers	14	4	0	0	1	7	1	0	4	51
<b>Objet de la demande principale (s'il diffère de discrimination) (7.2)</b>										
Pas de demande principale en-dehors de la demande spécifique	132	81	87	58	4	11	31	2	19	425
Dommandes-intérêts pour licenciement	55	106	73	17	22	19	21	17	47	377
Demmande de salaire ou d'accessoires du salaire	41	89	15	6	3	0	5	13	6	178
Nullité	38	13	13	4	7	4	13	5	12	109
BJ PA	22	44	19	5	4	4	6	10	10	134
Demmandes diverses	59	50	22	6	4	9	17	18	42	227
Autre demande	23	17	14	0	2	8	7	19	8	98
<b>Assistance ou représentation salarié ou de l'IRP (2.7)</b>										
Assisté par Avocat/Avoué	308	340	217	77	41	48	82	66	121	1400
Assisté par syndicat	42	42	14	13	4	5	15	9	17	161
Assisté par Autre	4	0	1	2	0	0	2	0	0	9
Salaire non assisté	16	18	11	4	1	2	1	9	6	68
<b>Mandat du salarié (4.9)</b>										
Mandat unique	185	15	10	2	1	2	2	2	11	250
Mandats multiples	111	4	0	0	0	1	0	2	9	127
Pas de mandat	60	381	232	94	43	52	98	80	120	1168
Divers	14	0	1	0	2	0	0	0	4	21
<b>Appoint principal (2.6)</b>										
Employeur	97	141	49	29	17	9	32	30	56	460
Salarié	233	244	184	61	26	43	65	51	83	990
IRP Syndicat	13	6	0	0	1	0	0	0	1	21
Divers	27	9	10	6	2	3	3	3	4	67
<b>Mode de sortie de l'entreprise (4.7)</b>										
PS (pas de sortie)	172	162	93	48	3	6	11	17	35	547
Licenciement pour motif personnel	81	116	64	15	23	27	65	31	58	480
Licenciement pour motif économique	23	29	28	5	8	3	8	7	13	124
Départs à l'initiative du salarié	30	55	27	16	3	10	4	11	9	165
Retraite	32	17	17	10	0	3	0	1	14	94
Autre	14	20	12	2	8	4	11	16	12	99
Divers	18	1	2	0	1	2	1	1	3	29

**Variables \ Fondements\***  
\*(Voir le détail des regroupements en note n°(142))

Entreprise: (5.5)	104	69	28	24	6	4	21	15	40	311
Industrie	16	23	6	1	7	1	5	3	7	69
Activités financières et d'assurance	64	70	30	9	11	13	26	12	17	252
Activités de commerce	108	100	127	12	31	20	22	35	40	475
Activités de services	36	69	18	10	6	3	8	5	18	173
Santé humaine et action sociale	7	23	7	1	1	3	10	6	6	64
Construction	10	6	4	29	0	0	0	0	3	52
Production et distribution d'électricité, de gaz, de vapeur	4	5	1	0	1	0	3	1	3	18
Agriculture, sylviculture et pêche	15	32	21	5	2	2	5	6	5	93
Autre	6	3	1	5	1	9	0	1	5	31
Non renseigné										
<b>Situation économique (5.6)</b>										
In bonis	348	381	233	85	46	50	95	81	133	1454
Autre	22	19	10	11	0	5	5	3	9	84
<b>Extension du domaine de la lutte (12)</b>										
0-Utilisation rhétorique des termes discrimination ou égalité	22	4	12	0	0	4	1	12	6	61
1-Action individuelle accessoire	123	183	81	21	13	17	45	44	51	578
2-Action individuelle principale	158	99	69	12	32	29	49	9	50	487
3-Collection d'actions individuelles pour un même motif et dans la même entreprise	66	87	84	27	0	2	2	13	28	309
4-Action individuelle ou collection d'actions visant à écartier une norme	1	27	17	36	1	3	3	6	9	103
5-Action en annulation d'une norme	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>Montant octroyé relatif à la demande spécifique du salarié sur discrimination (9.5)</b>										
Gagné	129	140	34	62	14	11	26	15	45	476
Perdu	205	248	204	34	32	36	73	66	93	991
NC	22	3	2	0	0	8	1	0	5	41
Ny a lieu	14	9	3	0	0	0	0	3	1	30
<b>Durée de la procédure</b>										
[0-12]	99	94	53	46	16	14	34	27	52	435
[12-24]	182	188	151	36	20	26	46	35	62	746
[24-36]	52	87	24	11	7	10	15	11	23	240
[36-48]	21	18	8	3	1	5	4	5	7	72
[48-60]	5	6	4	0	1	0	1	5	0	22
Entre 5 et 8 ans	9	3	3	0	1	0	0	1	0	17
8 ans et plus	2	4	0	0	0	0	0	0	0	6
<b>Fonction (4.5)</b>										
Cadres	61	93	34	16	17	3	12	16	34	286
Employés Privé/Public	28	44	88	11	8	0	18	6	16	219
Employés de commerce	23	31	18	4	7	4	11	4	7	109
Techniciens	43	37	11	21	5	5	6	8	15	151
Ouvriers	119	85	38	8	1	13	31	21	43	359
Services aux entreprises	23	32	18	3	2	8	9	3	8	106
Professions Education/Santé/Social	23	24	11	8	2	4	4	1	3	90
Autres	12	37	16	5	3	12	5	4	14	108
Divers	38	17	9	20	1	6	4	21	4	120
<b>TOTAL</b>	<b>370</b>	<b>400</b>	<b>243</b>	<b>96</b>	<b>46</b>	<b>53</b>	<b>100</b>	<b>84</b>	<b>144</b>	

Figure 17 : Tableau des motifs en situation

## 1. Le sexe (variable 4.2)

La répartition homme/femme est nettement à l'avantage des hommes : ils sont 983 à avoir initié une procédure, pour 551 femmes, et 4 personnes morales, soit près de 64 % de l'ensemble. Notons cependant que ce ratio n'est pas spécifique à la matière : en 2012, les salariés ayant formé un recours devant les CPH étaient des hommes dans une proportion comparable de cas (61%)<sup>178</sup>.

A la question « où sont les femmes ? », on peut donner deux réponses complémentaires.

-D'une part, lorsque les femmes agissent, *ce n'est que très rarement sur le fondement des motifs « genrés », que ce soit l'égalité de traitement femme-homme ou les discriminations spécifiques* : elles sont 82 au total, soit 15,2 % des femmes, à s'être placées sur un de ces terrains. Là où elles sont le plus représentées, c'est sur l'égalité salariale « non genrée », où elles forment 40 % du sous-groupe, pourcentage proportionnel à leur contribution au contentieux.

-D'autre part, la présence des femmes sur les actions genrées diffère selon les motifs : si elles sont *presque seules* à agir dans les discriminations genrées (qui comprend notamment la grossesse), ce qui est logique, elles sont *minoritaires* sur l'égalité femme-homme, ce qui l'est moins. Ces particularités méritent de plus longs développements, que nous conduirons en troisième partie, mais qui nous donnent d'ores et déjà une vue sur le sens des actions féminines : elles se placent en *terrain neutre*, et agissent en tant que salariées, et non en tant que femmes<sup>179</sup>. De ce point de vue, elles ne se distinguent pas de leurs collègues masculins, qui se portent massivement sur le motif de l'égalité de traitement et de salaires.

## 2. La place du litige spécifique (variable 7.1)

Les questions de discrimination et d'égalité n'occupent le plus souvent qu'une place secondaire dans les litiges. Seulement 30,8 % des litiges ont ce type de revendication comme objet principal. Dans le détail, ces pourcentages varient considérablement selon les modalités. Les revendications spécifiques sont principales à 63,5 % en matière d'égalité de rémunération femmes-hommes<sup>180</sup>, et à 41 % en matière syndicale. Au titre du « travail égal », les revendications ne sont principales que dans 21,5 % des cas. A l'autre extrémité, les réclamations spécifiques dans le poste « autres » ne sont

---

<sup>178</sup> Guillonnet et Serverin, op. cit., p. 17.

<sup>179</sup> Sur l'étude du genre, v. infra, 3ème partie, chapitre 3.

<sup>180</sup> On le verra, cette singularité s'explique par la part importante dans ce motif des actions exercées par les pères en matière de retraite. V. infra troisième partie, chapitre 3.

principales que dans 5,9 % des cas, attestant du caractère incident de cette catégorie de demande dans ces affaires.

### *3. L'extension du litige spécifique (variable 12)*

Sur l'ensemble des demandes, les litiges sont le plus souvent individuels, (69,2 %), répartis en demandes accessoires (35,7%), et demandes principales (31,6 %). Ce caractère est accentué pour les discriminations syndicales, qui sont individuelles à 75,9 %. Le seul secteur qui présente un caractère collectif est celui de l'égalité de traitement femmes-hommes (65,6%), secteur dont nous aurons l'occasion de voir qu'il est singulier à bien d'autres égards. Aucune action en annulation de norme (par exemple, d'une convention collective), n'a été observée en cause d'appel<sup>181</sup>. Ce constat du poids des litiges individuels est partagé par d'autres études empiriques sur les contentieux, notamment aux États-Unis. Les études montrent en effet que le contentieux de la discrimination dans l'emploi est dominé par des actions individuelles, diligentées par des personnes qui prétendent avoir fait l'objet d'une différence de traitement, au détriment des actions plus politiques, qui mettent en cause les règles jugées discriminatoires<sup>182</sup>.

### *4. L'objet du litige en-dehors de la demande spécifique (variable 7.2)*

Quel est l'objet du litige lorsque que la discrimination n'est pas la demande principale (1113 cas) ? Ces demandes principales ne se distinguent pas du contentieux prud'homal classique : elles portent sur des dommages-intérêts pour licenciement dans 33,8 %, sur des salaires dans 24,5 % des cas. Les demandes multiples représentent 20,3 % des cas, et les nullités 9,8 %. Là encore, les discriminations syndicales se distinguent dans ces demandes hors discrimination (238 cas), avec davantage de nullités (16 %), et de salaires, mais moins de dommages-intérêts pour licenciement non causé (23,1%), et moins de salaires (17,2%).

### *5. Assistance et représentation (variable 2.7)*

Cette variable appelle peu de commentaires, tant est massive la représentation par avocat (84,5%), au regard de la représentation syndicale (10,4%). Cette répartition est comparable à celle que l'on observe devant les conseils de prud'hommes. France entière, et toutes procédures confondues, les demandeurs sont assistés de plus en plus fréquemment par un avocat (82% en 2012 contre 72% en 2004) alors que la représentation ou l'assistance par un délégué syndical tend à

---

<sup>181</sup> Toutefois, nous avons rencontré une série d'arrêts dans lesquels le conseil de prud'hommes avait annulé une norme d'une convention collective, annulation réformée en appel (Nîmes, 13 octobre 2009, n° 08/03527 et s). Cependant, les salariés ne demandaient pas la nullité, mais seulement le bénéfice de congés et des dommages-intérêts. Pour une analyse de cette série, v. en troisième partie le chapitre 3 sur le genre.

<sup>182</sup> L. B. Nielsen, R. L. Nelson, R. Lancaster, « Individual Justice or Collective Legal Mobilization ? Employment Discrimination Litigation in the Post Civil Rights United States », *Journal of Empirical Legal Studies* 2010, vol. 7, n° 2, p. 194.

diminuer (16% en 2012 contre 26% en 2006)<sup>183</sup>. Sur notre échantillon, on notera seulement que les défenseurs syndicaux sont à peine plus nombreux dans les litiges relatifs à l'activité syndicale (11,3 %) que dans l'ensemble des affaires (10,4%).

#### 6. *Le Mandat (variable 4.9)*

Cette variable est très corrélée avec l'objet de la demande spécifique. Les demandeurs n'en n'ont aucun dans 75,4 % des cas. Tout naturellement, ce pourcentage s'inverse sur le motif d'activités syndicales, avec seulement 16,2 % de salariés sans mandat. Pour ces derniers, la revendication portant sur ce fondement est liée à des situations diverses, comme l'existence d'un ancien mandat, la candidature à un mandat, ou l'appartenance à un syndicat.

#### 7-. *L'initiative de l'appel (variable 2.6)*

Cette variable est très peu discriminante : dans 64,3 % des cas, c'est le salarié qui est le seul appelant, et ce pourcentage est à peu près le même dans les différents motifs. Ce pourcentage est très élevé, sans qu'on puisse dire si c'est une situation propre à la matière. Tout ce que on peut en conclure, c'est que les cours d'appel doivent principalement aux salariés la connaissance des litiges de discrimination, et qu'ils se trouvent dans la majorité des cas *devant des salariés qui ont perdu devant les premiers juges*. Cette observation doit être gardée à l'esprit pour interpréter le résultat « net » de l'action, qui apparaît également en défaveur des salariés.

#### 8. *Les fonctions du salarié (variable 4.8)*

Sur l'ensemble, les salariés sont plutôt de condition modeste. Plus de 56 % des demandeurs sont des ouvriers et des techniciens (30,2 %), des employés y compris du commerce (21,3%), et des cadres (18,6 %). Cette répartition n'est pas en elle-même informative en cause d'appel, faute de pouvoir être comparée avec les autres litiges du travail. Au regard des motifs, si les répartitions sont comparables, on note cependant la spécificité du motif « activités syndicales », où 43,7 % des demandeurs sont des ouvriers ou techniciens.

#### 9. *La position du salarié au regard de l'emploi (variable 4.7)*

La proportion de salariés encore en emploi lors de l'arrêt d'appel est relativement élevée, en tous cas, beaucoup plus que dans les litiges prud'homaux : ils sont 35,5 % à être en emploi, pour seulement 2 % devant les prud'hommes<sup>184</sup>. Il est cependant difficile d'imputer cette particularité aux

---

<sup>183</sup> Guillonnet et Serverin, op. cit., p. 17.

<sup>184</sup> Les statistiques pour 2012 montrent que 98% des salariés « ordinaires » qui saisissent les CPH le font après rupture de leur contrat. Guillonnet et Serverin, op. cit., p.7.

seuls litiges impliquant la discrimination ou l'égalité, faute de connaître la situation des salariés dans les autres affaires déférées en appel.

Ce qu'on peut noter en revanche, c'est que cette proportion de salariés « en emploi » est encore plus élevée dans certains litiges : 50 % pour l'égalité de rémunération femmes-hommes, 46,4 % pour les discriminations syndicales, 40,5 % sur les revendications au titre du « travail égal ». Dans les autres litiges, les pourcentages de salarié en emploi sont largement inférieurs à la moyenne : 24,3 % dans les divers, 11 % pour l'état de santé.

Lorsque les salariés ne sont plus dans l'entreprise, (991 cas), ils l'ont quittée principalement à la suite d'un licenciement pour motif personnel (48,4%). Cette cause de sortie est la cause principale quel que soit le fondement de la demande spécifique.

#### *10. Le secteur d'activité (variable 5.5)*

Quatre secteurs couvrent 78,5 % de l'ensemble des affaires. Les services viennent en tête avec 30,8 %, suivis par l'industrie (20,2%), le commerce (16,3 %), et la santé (11,2%). Il est difficile de comparer cette répartition avec la variable « section » des conseils de prud'hommes, qui combine le secteur et le statut. Il semble seulement que le commerce soit sous-représenté dans cet ensemble<sup>185</sup>. Certains secteurs sont davantage représentés dans certains motifs : c'est le cas des services dans les litiges liés à l'égalité de traitement (52,2%), et de l'industrie dans l'activité syndicale (28,1%). On notera enfin la position très singulière du secteur de la production et distribution de gaz et d'électricité, qui ne représente que 3,3 % des secteurs, mais 30,3 % dans l'égalité de traitement femmes-hommes. Nous le verrons, cette singularité s'explique par la présence d'un contentieux de faible volume, mais fortement structuré autour de litiges conjoncturels sur les retraites.

#### *11. La situation économique (variable 5.6)*

Cette variable appelle peu de commentaires, la quasi-totalité des entreprises étant in bonis (94,6 %.). Nous noterons cependant que cette situation est sensiblement différente de celle qui se rencontre devant les prud'hommes, où la part des entreprises en difficulté au moment du jugement s'élevait à 16 % en 2012<sup>186</sup>. Mais encore une fois, nous ne pouvons savoir si cette particularité est propre au contentieux des discriminations, ou s'il est général en matière prud'homale devant les cours d'appel.

---

<sup>185</sup> En 2012, ce sont majoritairement les sections « commerce » (36%) et « industrie » (24%), qui ont été saisies, suivies de la section « activités diverses » (21%), la section « encadrement » (17%), et, loin derrière, la section « agriculture » (1,6%). Cette répartition a peu évolué depuis 2004. Guillonnet et Serverin Ibid., p. 16.

<sup>186</sup> En 2012, hors demandes formées par les personnels dans le cadre d'une procédure collective, 16 % de litiges individuels concernent des entreprises en procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire à la fin de la procédure prud'homale. Près de 20% des contestations de licenciement pour motif économique se font dans ce contexte, 13% des contestations de licenciement pour motif personnel. Guillonnet et Serverin, *ibid.*, p. 18.

12. Le résultat de l'action (variable 9.5)

Plus intéressant est le résultat « net » de l'action au regard du motif spécifique (variable 9.5). Le moins qu'on puisse dire est que les actions de discrimination ou d'égalité profitent peu aux salariés : 64,4 % perdent leur procès sur ces motifs spécifiques. Cependant, les gains et les pertes ne sont pas également distribuées entre les motifs : les perdants sont *minoritaires* dans l'égalité homme-femme (35,4 %) ; ils sont *moins nombreux* que la moyenne dans les revendications en matière syndicale (55,4 %) ; mais ils atteignent des sommets pour l'égalité de traitement autre que les rémunérations (83,9 % de perdants).

Pour compléter le tableau général, nous avons croisé l'issue des 1113 affaires dans lesquelles il existait une demande principale hors discrimination/discrimination, avec le sort de ces demandes en appel. Pour ces affaires, on constate que les résultats de l'action s'inversent : le pourcentage d'échec n'est plus que de 34,3 %, au lieu de 64,4 % pour la discrimination/égalité (Figure 17 bis ci-après). Il semble donc bien y avoir une difficulté plus grande pour les demandeurs à gagner sur des demandes relatives à la discrimination ou à l'égalité par rapport aux autres chefs de demandes, difficultés dont l'origine semble tenir à la preuve et au « flou » des opérations de comparaison.<sup>187</sup>

Figure 17 bis : tableau des résultats en appel pour les demandes hors discrimination

Objet de la demande principale devant les premiers juges hors Discrimination / Egalité	Résultats de la demande principale en appel hors Discrimination / Egalité				
	???	??	???	N'y a lieu	??
Autre demande	??	??	??	??	?
Demande de salaire ou d'accessoires du salaire	???	??	??	??	?
Demandes diverses	???	???	??	??	??
Dommages-intérêts pour licenciement	???	???	???	?	?
Nullité	???	??	??	?	?
<i>Pas de demande principale en-dehors de la demande spécifique</i>	???	??	??	???	??
RJ PA	???	??	??	?	?
<b>Total</b>	???	??	??	??	??

187

Sur les opérations de comparaison, v. infra le chapitre 2 de la troisième partie.

En dernier lieu, on peut se demander si ce taux d'échec élevé sur les demandes spécifiques est le résultat de l'appel, ou si les salariés étaient déjà perdants en première instance. Nous avons déjà un élément de réponse avec la part importante des salariés demandeurs en appel, qui laisse penser qu'ils étaient déjà perdants en première instance, mais sans qu'on puisse savoir dans quelle proportion l'échec concernait les demandes spécifiques. Pour préciser ce point, nous avons croisé le résultat des demandes en première instance et en appel. (Figure 17 ter ci-après). Le tableau montre que 75 % des salariés qui avaient formé une demande spécifique en première instance étaient perdants. Avec un pourcentage d'échec final de 64,4% en appel (y compris les demandes nouvelles), la situation des demandeurs en appel a connu une amélioration de 10,6 points. Si le résultat est intéressant, il ne suffit pas à renverser la tendance générale, alors qu'on aurait pu penser que le passage des prud'hommes au juge professionnel, aurait une incidence nettement plus favorable sur les résultats. Curieusement, c'est entre le juge départiteur et la cour d'appel que le décalage se creuse le plus en faveur des salariés. En effet, en croisant le résultat en appel avec le résultat obtenu devant les juges départiteurs, on constate que les demandeurs améliorent leur réussite de 14 points (Figure 17 quater ci-dessous) : alors que 77 % d'entre eux étaient déboutés en départage, il ne sont plus que 63% à l'avoir été en appel.

Figure 17 ter : Tableau croisé des résultats au premier degré et en appel sur la demande spécifique

Résultats de la demande Discrimination / Egalité devant les premiers juges	Résultats de la demande en appel Discrimination / Egalité				
	Discrimination / Egalité	Discrimination / Egalité	Discrimination / Egalité	Discrimination / Egalité	Discrimination / Egalité
Gagné	212	212	212	212	212
Perdu (Débouté, Demande irrecevable, Pas lieu à référé)	2122	2122	2122	212	212
Pas de demande spécifique devant les premiers juges	2122	212	212	212	212
Demande non examinée	212	212	212	212	212
	21222	21222	2122	212	212

Figure 17 quater : Tableau croisé des résultats au premier degré et en appel sur la demande spécifique

Sort de la demande Discrimination devant les premiers juges ( <b>Départage</b> )	Résultats de la demande en appel Discrimination / Egalité				
	Discrimination	Egalité	Discrimination	Egalité	Discrimination / Egalité
Gagné	22	22	22	2	2
Perdu (Débouté, Demande irrecevable, Pas lieu à référé)	222	22	222	2	2
Pas de demande spécifique devant les premiers juges	22	2	22	2	2
Demande non examinée	2	2	2	2	2
	222	222	222	22	2

En définitive, quelles que soient les formations de jugement, la réussite de ces actions est faible, en tous cas beaucoup plus que dans le contentieux général des conseils de prud'hommes. On pressent ici le rôle important que joue la preuve, notamment lorsqu'elle implique de mettre en œuvre des comparaisons, par des méthodes dont la Cour de cassation refuse de se faire l'arbitre<sup>188</sup>.

### 13. La durée de la procédure en appel

La variable durée est obtenue par différence entre la date de la décision attaquée et celle de l'arrêt d'appel. Plus de 76 % des arrêts sont prononcés en moins de deux ans, ainsi distribués : 28 % des sont rendus en moins d'un an, 48,5 % entre un et deux ans, 15,6 % entre deux et trois ans, le reste se répartissant dans des durées supérieures à trois ans.<sup>189</sup>. Les courtes durées sont plus fréquentes dans les motifs les moins fréquents, comme l'égalité de rémunération (47 % de durées inférieures à un an), l'état de santé (34 %), le genre (34,7 %). A cette étape de l'étude, il est difficile d'en dire davantage, les durées variant également sensiblement à l'intérieur de chaque motif.

Ce premier aperçu nous fournit une image encore floue sur les détails, mais déjà précise sur les fondements des actions. *La prégnance de la thématique de l'égalité « non genrée », est incontestable, ainsi que le caractère individuel des actions, sauf dans des litiges bien spécifiques.*

<sup>188</sup> E. Serverin, « Discrimination syndicale: le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », RDT, 12, 2012, p. 714

<sup>189</sup> Il est difficile de comparer ces distributions de durées avec celles qui sont constatées en appel prud'homal, les publications statistiques ne fournissant que des moyennes. Pour l'année 2010, la durée moyenne des affaires prud'homales était de 13,9 mois. Annuaire statistique de la justice 2011-2012, Secrétariat général, Service support et moyen, p. 72

*Surtout, la très grande majorité des actions liées à la discrimination et à l'égalité ne sont pas principales, ce qui signifie qu'elles n'ont été ni la cause de l'action initiale, et ni de l'appel.*

*Se dessine alors une ligne de partage entre les affaires les plus nombreuses, où l'égalité l'emporte sur les discriminations, mais où la thématique n'est qu'accessoire, et celles, moins nombreuses, mais plus affirmées qui sont orientées vers les discriminations. A l'évidence, les « chemins » qui ont conduit à ces revendications ne sont pas les mêmes.*

### **Section 3 : Discrimination syndicale, travail égal, égalité de traitement : trois figures de l'action**

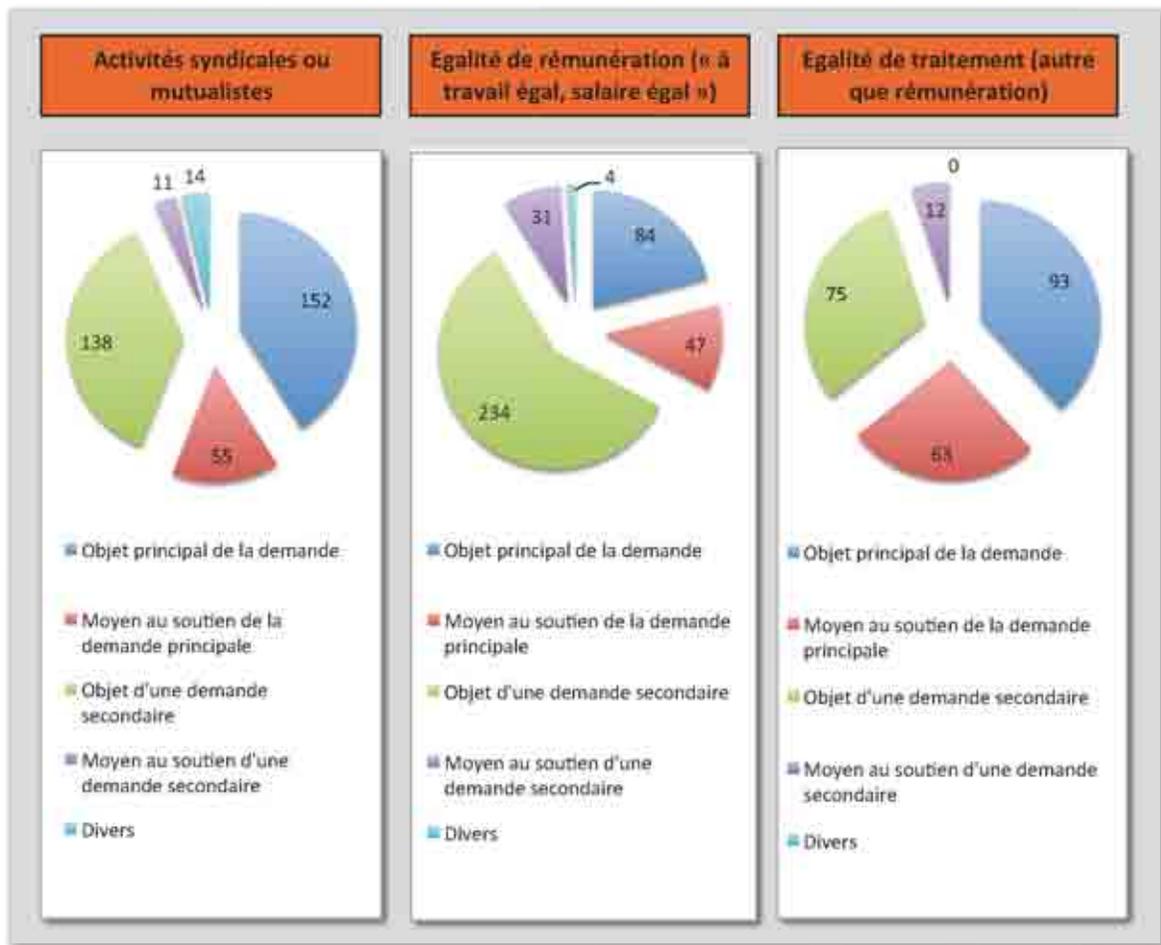
Les premiers croisements nous ont montré que les motifs ne n'inscrivent pas dans les mêmes chemins d'action, et ne donnent pas les mêmes résultats. Pour fixer ces premières images, nous proposons de comparer entre eux les trois motifs les plus fréquents, le travail égal (400 arrêts), la discrimination syndicale (370 arrêts), et l'égalité de traitement (243 arrêts). Ils représentent à eux trois 65 % des arrêts.

La comparaison sera effectuée sous forme d'une série de figures, portant sur six variables principales : la place du motif spécifique dans le litige (A), l'objet du litige en-dehors de la demande spécifique (B), la position du salarié dans l'emploi (C), la fonction occupée par le salarié (D), le secteur d'activité de l'entreprise (E), et le résultat de l'action (F). Les chiffres sont donnés en effectifs dans les figures, et les pourcentages sont calculés par rapport aux effectifs de chaque classe.

**A : Le motif syndical, plus souvent principal que les autres motifs**

Nous l'avons relevé, seulement 30,8 % des litiges présentent à titre principal une demande en discrimination ou en égalité. La première série de graphiques montre que la discrimination syndicale se caractérise par une proportion plus élevée de demandes spécifiques formées à titre principal (41%), ou venant au soutien d'une demande principale (14,8%). A l'opposé, la revendication du travail égal est n'est principale que dans 21 % des litiges, et dans une très grande majorité des cas, elle fait l'objet d'une demande secondaire distincte (58,5% des cas). L'égalité de traitement, qui connaît 38,2% de demandes principales, se singularise par une forte majorité de demandes spécifiques de type « argumentatif », avec une proportion élevée de demandes venant au soutien d'une autre demande, qu'elle soit secondaire (30,8%), ou principale (25,9%).

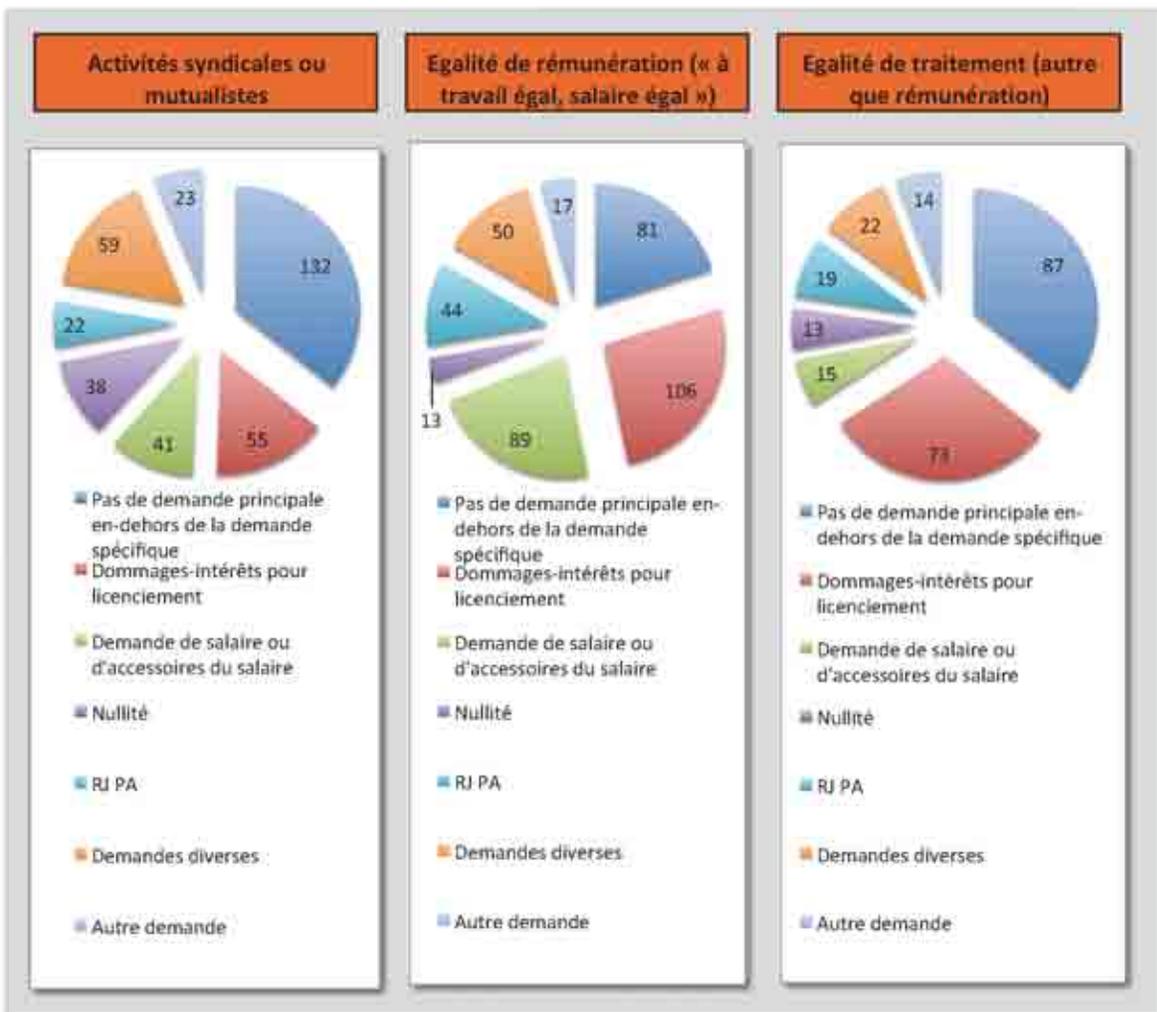
Figure 18 : Série 1, Place de la discrimination et de l'égalité dans le litige



**B : La contestation d'un licenciement plus fréquente dans l'égalité de traitement**

La deuxième série de graphique répartit les demandes secondaires par objet. Sur ce critère, les trois figures apparaissent sensiblement différentes. L'égalité de traitement à titre secondaire est plus souvent que les autres formée accessoirement à un licenciement (46,8 % des cas). A l'opposé, les demandes en discrimination syndicale viennent rarement dans le contexte d'un licenciement (23,1% des demandes accessoires). Quant à l'égalité de rémunération, elle se situe dans des contextes plus diversifiés, où le licenciement occupe seulement un tiers des cas (33,2 %).

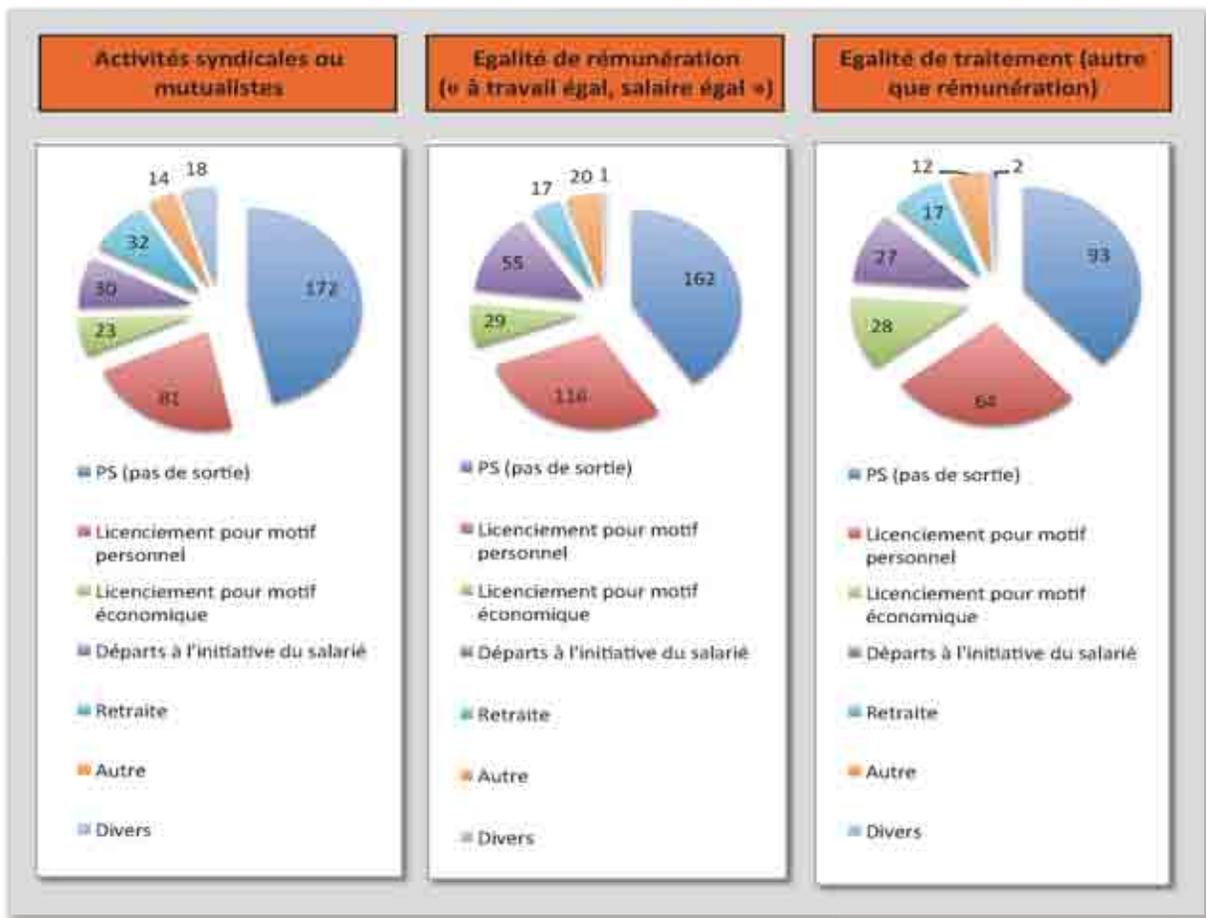
Figure 19 : Série 2, Objet du litige en-dehors de la demande spécifique



**C : Les salariés en emploi plus nombreux dans le motif syndical**

Nous avons souligné que 35,5 % des salariés concernés par les demandes étaient encore en emploi au moment de l'arrêt d'appel, avec des pourcentages plus élevés dans certains litiges. La série 3 ci-dessous montre que, dans le motif les salariés réclamants sont plus nombreux à être en emploi (46,4%), que dans l'égalité de rémunération (40,5%), et dans l'égalité de traitement (38,2%). Lorsqu'ils ne sont plus en emploi, ils sont moins nombreux que dans les autres motifs à avoir été licenciés (28,10%). Leurs départs sont liés à la retraite, ou sont dues à l'initiative du salarié (Résiliation judiciaire/Prise d'acte). Ce lien fort avec l'entreprise dans la conduite des actions en matière syndicale mérite d'être souligné, dans la mesure où il tranche avec la configuration de l'action prud'homale où le salarié n'agit que lorsqu'il a quitté l'entreprise. Il est à l'évidence lié au statut des salariés concernés (le plus souvent titulaires de mandats), qui protège plus efficacement les initiatives en cours d'emploi que la protection générale prévue par l'article L. 1134-4 C. trav. (32,1%).

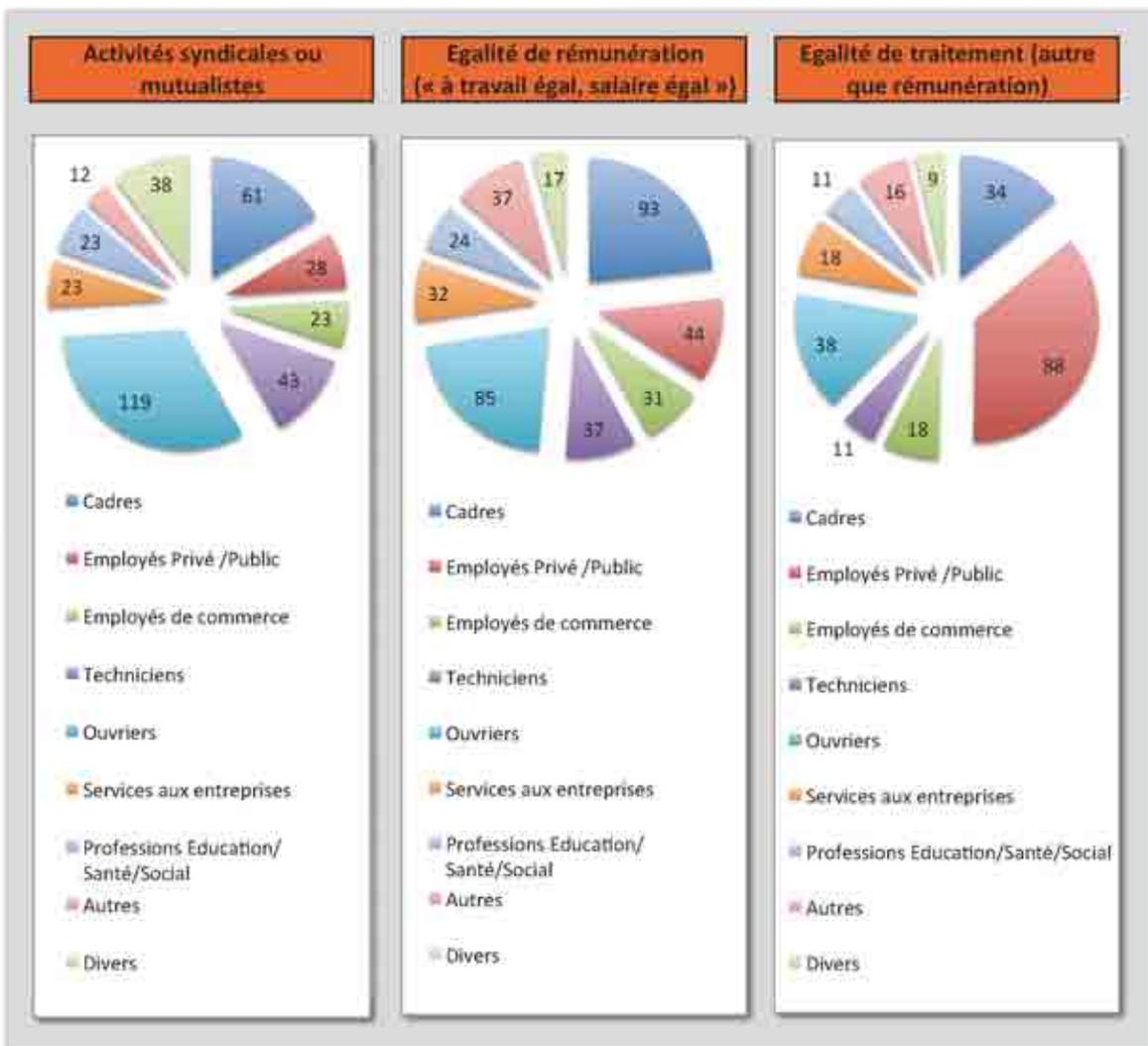
Figure 20 : Série 3, La position du salarié dans l'emploi



**D : Les ouvriers davantage présents dans le motif syndical, les cadres dans l'égalité de rémunération**

La série relative à la fonction occupée met en évidence une diversité des fonctions occupées dans tous les motifs, avec cependant quelques particularités. Tout d'abord, les ouvriers sont les plus nombreux en matière de discrimination syndicale (32,1 %), alors qu'ils ne sont présents que dans 15,6% des demandes d'égalité de traitement, et 21,2% de l'égalité de rémunération. Dans l'égalité de rémunération, les cadres sont davantage présents (23,5%), que dans le motif syndical (16,4%), et l'égalité de traitement (13,9%).

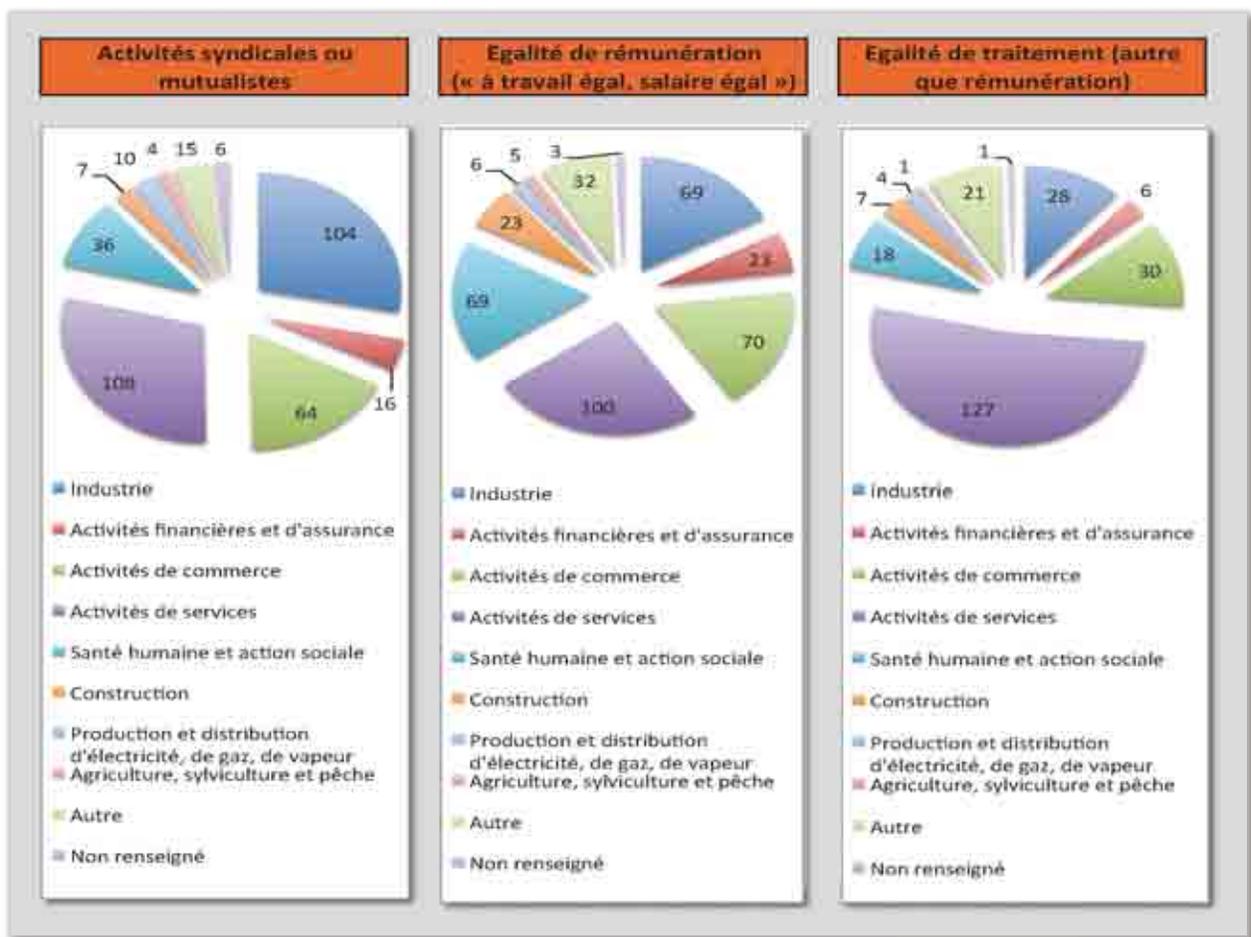
Figure 21 : Série 4, La fonction occupée par le salarié



**E : Le secteur tertiaire mieux représenté dans l'égalité de rémunération**

La répartition des affaires en secteurs d'activité met en scène une grande diversité de secteurs, avec quelques traits marquants selon les motifs. Ainsi, les activités de service sont représentées dans 52,2 % des litiges relatifs à l'égalité de traitement, les autres secteurs étant très dispersés. Les réclamations en matière syndicale comportent en proportion presque égale des activités de service (29,1%) et industriel (28,1%). L'égalité de rémunération est le motif le plus « tertiaire », avec trois secteurs qui regroupent 59,7% des litiges (25% de services, 17,5% d'activités de commerce, 17,2% de santé humaine et action sociale).

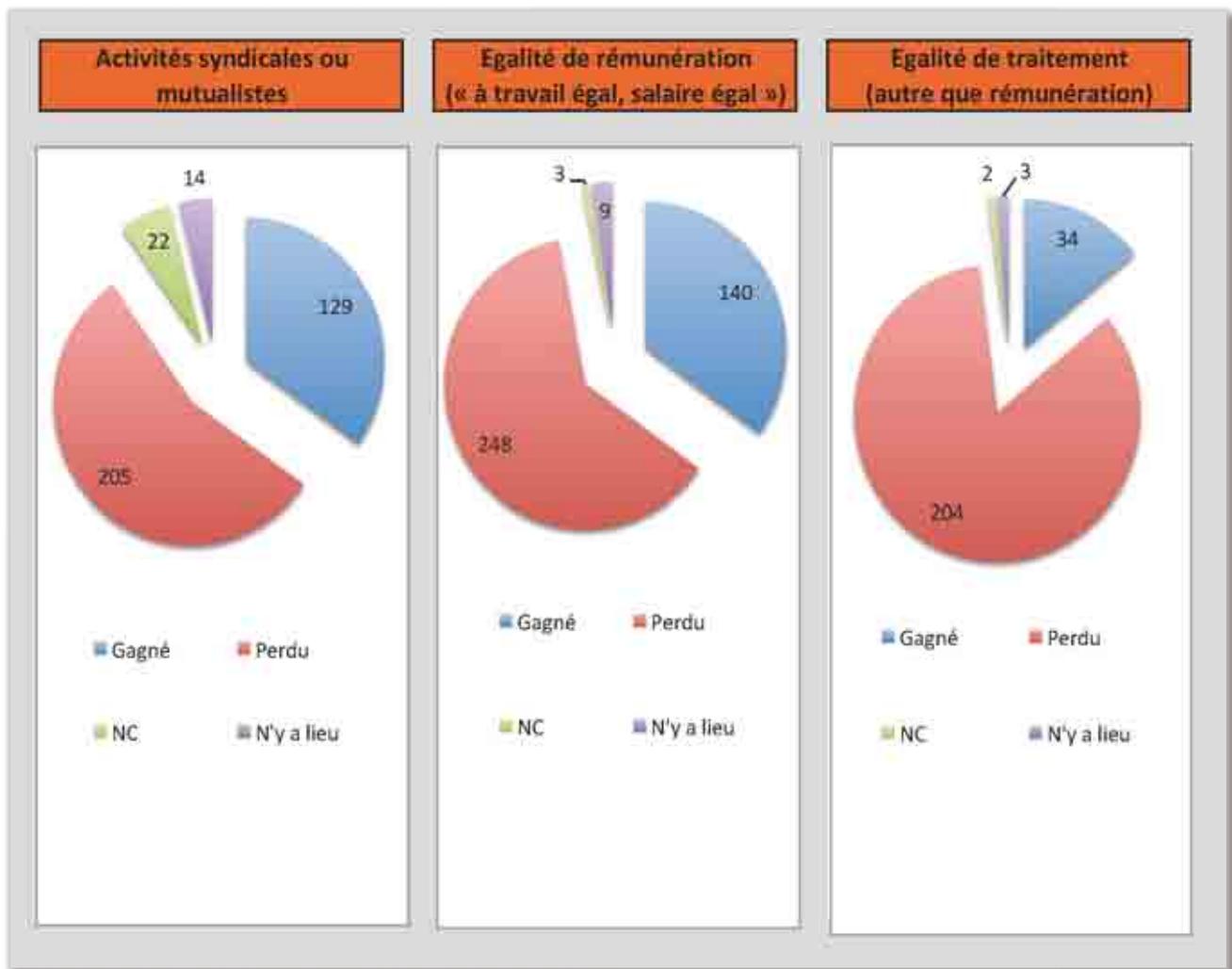
Figure 22 : Série 5, Le secteur d'activité



**F : L'échec à l'horizon des demandes d'égalité de traitement**

Nous avons souligné précédemment que les salariés étaient majoritairement perdants sur l'ensemble des litiges spécifiques (64,4%). La série qui suit montre que si l'échec est à l'horizon de tous les motifs, les pertes sont très inégalement distribuées: elles sont de loin les plus fortes dans les litiges relatifs à l'égalité de traitement (84%), proches de la moyenne dans l'égalité de rémunération (62%), mais moins fortes dans les litiges syndicaux (55,4%).

Figure 23 : Série 6, Le résultat de l'action en appel



Le bilan final de cette essai comparatif dessine trois figures d'action, qui, sans être radicalement opposées, présentent des aspects contrastés sur certaines variables.

-Les actions de discrimination syndicale sont *plus souvent que les autres* formées à titre principal par des ouvriers et employés du secteur industriel en emploi, et ont les chances de réussite les plus élevées ;

-Les actions en matière d'égalité de traitement sont *plus souvent que les autres* formées dans un contexte de licenciement, et ont les plus faibles chances de réussite ;

- Les actions en matière de d'égalité de rémunération sont *plus souvent que les autres* formées à titre accessoire, par des cadres, et dans des secteurs d'activité plus tertiaires ;

Cette comparaison « visuelle » n'épuise évidemment pas la totalité des informations du fichier. C'est à l'analyse factorielle qu'il revient de redonner une image d'ensemble des motifs et des variables associées.

### **Chapitre 3 : Distances et proximités des configurations contentieuses**

Les images du contentieux qui se dessinent peu à peu doivent maintenant être précisées par une analyse multivariée, qui va restituer l'information contenue dans les tableaux croisés. *La variable à décrire est celle des motifs de discrimination ou d'égalité.* Pour le traitement des tableaux de données, nous avons retenu une analyse factorielle de correspondances (AFC). Les variables du fichier<sup>190</sup> ont été sélectionnées et regroupées en fonction des caractéristiques dégagées lors de la première analyse<sup>191</sup>.

1. La variable « fondement de la demande spécifique » constitue la modalité active en ligne. Elle a été recodée en une liste de 9 modalités actives: activités syndicales ou mutualistes (une variable), égalité de rémunérations « à travail égal » (une variable), égalité de traitement autre que rémunération (une variable), égalité de traitement femme-homme (une variable), état de santé (une variable), autre (une variable), grossesse (produit du regroupement de quatre variables : l'état de grossesse, la situation de famille, la maternité et le sexe), race (produit du regroupement de cinq variables : race, ethnie, patronyme, origine, nationalité), Autre (une variable), et une variable « Divers » qui regroupe tous les autres motifs de la liste initiale.
2. -51 variables actives en ligne ont été construites à partir de 11 variables du fichier initial: extension du litige, appelant principal, mandat, mode de sortie de l'entreprise, place de la discrimination dans le litige, section prud'hommes, secteur d'activité de l'entreprise, sexe du salarié, fonction du salarié, ancienneté du salarié, résultat.

Sur ces données que nous avons d'abord réalisées une première analyse factorielle, qui a mis en évidence de très fortes oppositions entre l'égalité et la discrimination (Section 1). Cette première exploitation a également montré qu'un des motifs, l'égalité de rémunération femme-homme, était nettement opposé à tous les autres avec une forte contribution à l'inertie. Nous avons donc procédé à une deuxième analyse, en retirant une des modalités qui caractérisait ce motif, le secteur d'activité (Section 2).

---

<sup>190</sup> Chaque modalité décrite constitue une variable.

<sup>191</sup> Le programme de recodage des variables figure en annexe 2 .

## **Section 1 : L'égalité femme-homme, loin du monde des discriminations**

La première analyse factorielle a dégagé six axes. Les deux premiers expliquent à eux seuls 49 % de la variance, le troisième 17,37 %. (Figure 24 ci-dessous). Nous privilégierons l'analyse de chacun de ces trois axes et des variables qui y ont contribué. Les figures 25 et 26 ci-après rendent compte des variables sur les deux premiers axes.

- 1 Le fondement « *égalité de traitement femme-hommes* » contribue à constituer l'axe 1, avec une coordonnée *négative* de -0.71 et une contribution de 58.6. Cette très forte contribution reflète le caractère singulier de cette variable, visible déjà dans le tableau croisé. Nous l'avons dit, ce groupe très restreint en volume correspond à des formes d'intervention très structurées et répétitives. A l'opposé de ce motif, deux autres motifs contribuent à construire l'axe 1: la variable « *grossesse* » (0.46, 36.3)<sup>192</sup>, et la variable « *santé* » (0.28, 9.2).

Cinq variables en colonne contribuent pour plus de 50 % à l'axe : le « secteur d'activité production électrique et gazière », la « demande tendant à écarter une norme », « l'objet principal du litige » « l'ancienneté 21 ans et plus », et « l'absence de sortie de l'entreprise ».

*Pour caractériser ce premier axe, on peut dire qu'il se construit sur une opposition entre une forte revendication d'égalité des droits par des salariés à forte ancienneté, et la dénonciation de situations discriminatoires individuelles.*

- 1 L'axe 2 s'organise autour de deux autres figures : d'un côté, *l'égalité de traitement autre que salariale* (coordonnée positive 0.38 et contribution de 59.2) ; de l'autre, les *activités syndicales* (respectivement -0.23 et 32.2).

Les variables contribuant à la construction sont réparties entre ces deux pôles. « L'égalité de traitement » est caractérisée par le « secteur d'activité soutien aux entreprises », l'ancienneté « non renseignée », la « collection de demandes individuelles » (36,4). De l'autre côté, deux variables caractérisent l'activité syndicale : « l'ancienneté de 21 ans et plus », la « demande individuelle principale » (18%).

La caractérisation de l'égalité de traitement par ces trois variables peut paraître curieuse. Elle s'explique pour une large part par l'existence dans ce corpus d'une série de 71 arrêts de la Cour d'appel d'Aix en Provence, concernant des revendications de salariés d'un centre de tri de la Poste. Ces salariés

---

<sup>192</sup> Rappelons que cette classe est issue du regroupement de l'état de grossesse, la situation de famille, la maternité et le sexe

demandaient le paiement d'horaires de nuit, et comparaient leur situation à celle de salariés d'autres centres de tri<sup>193</sup>. Cette série d'actions, qui représente près du tiers de l'égalité de traitement hors rémunération (29,2 %), a contribué par ses traits singuliers à « tirer » l'image de ce motif vers une forme « anonyme » d'action.

La conjonction de ces traits organise l'axe 2 selon la distinction *action individuelle/action collective* : la discrimination syndicale est associée au premier pôle, l'égalité de traitement au second.

- 1 L'axe 3 se construit à nouveau à partir de l'égalité de traitement femme-homme (0.40, 30.6), qui s'oppose aux activités syndicales (- 0.19, 28.8), et aux situations classées en « grossesse » (0.44, 17.2).

Les variables actives positives sont la « demande tendant à écarter une norme », et « le secteur de production électrique ». Les variables négatives sont le « sexe masculin » et le « secteur administratif ». La « grossesse » est caractérisée par le « sexe féminin » et l'ancienneté « inférieure à 2 ans ». L'opposition passe cette fois entre les revendications d'*égalité des droits* d'une part, et deux types de revendications sur les *discriminations* d'autre part : les unes masculines et formées par salariés ancrés dans l'entreprise, les autres l'autre féminines et initiées par des salariées à faible ancienneté.

On peut exprimer les résultats de ce premier traitement dans le langage de l'égalité et de la discrimination, en mettant en évidence trois oppositions complémentaires :

- ▲ -la première opposition se situe entre la logique de *revendication d'égalité des droits*, et la logique de la *plainte contre des actes discriminatoires*. Dans le premier sens, l'action est exercée contre la *règle*, dans le second cas, elle est exercée contre *l'entreprise à qui sont imputés des actes discriminatoires*. La particularité de cette logique d'égalité des droits, on le verra, est qu'elle est essentiellement le fait des hommes, inversant le sens de ce que l'on range habituellement sous cette forme d'égalité.

---

<sup>193</sup> Aix-en-Provence, 25/11/2009, n° 08/02799 et s. La contestation portait sur le contenu d'un règlement intérieur affiché dans le centre de tri et d'entraide professionnelle de Bouc Bel Air. Ce règlement avait été modifié en novembre 2002 en ce qui concerne la durée de travail hebdomadaire de nuit qui a été fixée à 32 heures à compter de cette date. Cependant, aucun texte ne prévoyait une telle durée s'agissant des agents qui alternaient des périodes de travail diurnes et nocturnes. Les agents réclamaient l'égalité de traitement avec les autres agents travaillant de nuit. La cour a relevé que l'accord cadre ARTT du 17 février 1999 ne prévoyait une durée de travail de 32 heures que pour les agents travaillant exclusivement la nuit. Selon la Cour, du point de vue de ce texte, « les agents de l'établissement de Bouc Bel Air, placés dans une même situation, ont été soumis, s'agissant plus spécialement de la durée du travail la nuit, aux mêmes dispositions. »

- ♣ La seconde opposition se situe entre des revendications *d'égalité collective*, où des groupes se comparent à d'autres, et des réclamations *individuelles*, où un salarié se compare à un ou à plusieurs autres salariés. Le paradoxe de cette opposition est que ce sont les discriminations syndicales qui portent le plus les revendications individuelles. On peut dire cependant que si l'action en justice n'est pas collective, elle est portée par le statut : à travers le procès, c'est le mandat, ou l'activité syndicale qui sont protégés. Plus précisément, comme le montre l'importance de l'ancienneté, l'action vise à compenser les pertes subies au cours de la carrière du militant.
  
- ♣ Enfin, égalité et discrimination s'opposent autour du *lien avec l'entreprise*. Lorsque l'égalité des droits est en jeu, *le lien avec l'entreprise est tenu*, même si cette dernière est bien l'adversaire dans le litige. Les discriminations au contraire, *prennent sens dans l'entreprise*, que ce soit parce que les salariés y sont encore présents (discriminations syndicales), ou parce que le salarié en a été exclu.

Dans ce premier traitement, on voit que les actions d'égalité femme-homme liées au secteur électrique ont fortement contribué à structurer les axes.

Pour nous affranchir de cet effet, et tester la robustesse des autres oppositions, nous avons procédé à une seconde AFC, en retirant du fichier de données celles qui provenaient de ce secteur d'activité.

JURICA Fondement de la demande

.....

- Caractéristiques de l'analyse
- .....
- Nombre de modalités-colonnes actives = 51
- Nombre de modalités-colonnes supp. = 2
- Nombre de modalités-lignes actives = 9
- .....

Liste des modalités-lignes actives : 1Activités syndicales ou mutualistes 2Egalité de rémunération (= à travail égal, salaire égal) 3Egalité de traitement (autre que rémunération) 4Egalité de traitement femme-homme 5Etat de santé 6Autre 7Grossesse 8Race 9Divers

Liste des modalités-colonnes actives : CODEUTIRETH CODEINDJACCE CODEINDIPRIH CODEECONNORM APPPEMPSEUL APPSALAISEUL APPAUTRE SORENTREPNON SORENTREPLMP SORENTREPFAU SORENTREPLEC SORENTREPLEI SORENTREPRJPA SORENTREPRET SORENTREPAUT SORENTREPAUT PLAObjetSEC PLAObjetPRI PLAObjetSEC PLAObjetPRI PLAObjetAUT HCM FEM ANCO1\_03 ANCO04\_09 ANCO10\_20 ANCO21\_P1 RESGAGNEOUI RESPERDUOUI RESNSPOUI SECTAUTSERV SECTAUTPROD SECTAUTIDIVE SECTHORSCHAM SECTPRODELEC SECTINDUMANU SECTOCCMREPA SECTTRANSFOR SECTINFOCOMM SECTFINASSU SECTADMISOUT SECTSAINTSOI FNCTAROCHEF FNCTLIBECADR FNCTPIPUPROF FNCTPIPEMPL FNCTOQOND FNCTAUTDIVE

Liste des modalités-colonnes supplémentaires : MDTTUOUI MDTTUNON

Valeurs propres (Inertie totale : 0.19973)

N°	Val.Pr.	DIFF.	Pct	Cum	I	Ident.	Mod. lignes actives	CONTR	POIDS	COORD	OLT	CO2	AXE1	CTR	RCTR	CO2	AXE2	CTR	RCTR	CO2	AXE3	CTR	RCTR	CO2	OLT	
1	0.0944		26.69	26.69	.....																					
2	0.0385	0.0159	20.31	49.00	.....																					
3	0.0330	0.0056	17.37	66.37	.....																					
4	0.0254	0.0078	13.37	79.74	.....																					
5	0.0159	0.0095	8.38	88.12	.....																					
6	0.0117	0.0042	6.17	94.29	.....																					

Aides à l'interprétation pour les modalités-lignes actives

Ident.	Mod. lignes actives	CONTR	POIDS	COORD	OLT	CO2	AXE1	CTR	RCTR	CO2	AXE2	CTR	RCTR	CO2	AXE3	CTR	RCTR	CO2	OLT	
1	1Activités syndicales ou mutuali	13.63	24.06	-0.12	13.2	13.2	4	13.2	6.3	4	-0.23	32.2	2	48.0	61.1	-0.19	26.8	2	34.2	95.3
2	2Egalité de rémunération (= à tr	7.15	28.01	0.02	1.2	1.2	8	1.2	0.3	8	0.01	0.1	9	0.2	1.4	0.03	0.6	9	1.5	2.9
3	3Egalité de traitement (autre qu	15.48	15.80	0.01	0.1	0.1	9	0.1	0.0	9	0.38	59.2	1	77.6	77.7	-0.17	13.6	4	15.5	93.2
4	4Egalité de traitement femme-ho	22.70	6.24	-0.71	74.1	74.1	1	74.1	68.6	1	0.09	1.3	6	1.1	75.2	0.40	30.6	1	23.4	98.6
5	5Etat de santé	6.71	6.50	0.28	30.4	30.4	3	30.4	9.2	3	-0.11	1.9	4	4.5	34.9	0.15	4.3	5	8.6	43.5
6	6Autre	9.42	5.46	0.24	18.3	18.3	6	18.3	6.0	6	0.11	1.8	5	3.9	22.3	0.08	1.1	8	2.0	24.3
7	7Grossesse	9.36	2.99	0.46	36.3	36.3	2	36.3	11.8	2	-0.04	0.1	8	0.2	36.5	0.44	17.2	3	31.9	66.4
8	8Race	11.19	3.58	0.31	16.0	16.0	5	16.0	6.2	5	-0.16	2.5	3	4.6	20.5	0.20	4.2	6	6.5	27.1
9	9Divers	2.35	9.36	0.09	18.6	18.6	7	18.6	1.5	7	-0.06	0.9	7	8.0	26.5	0.07	1.3	7	9.6	36.1

Figure 24 : Tableau des données 1, fichier total

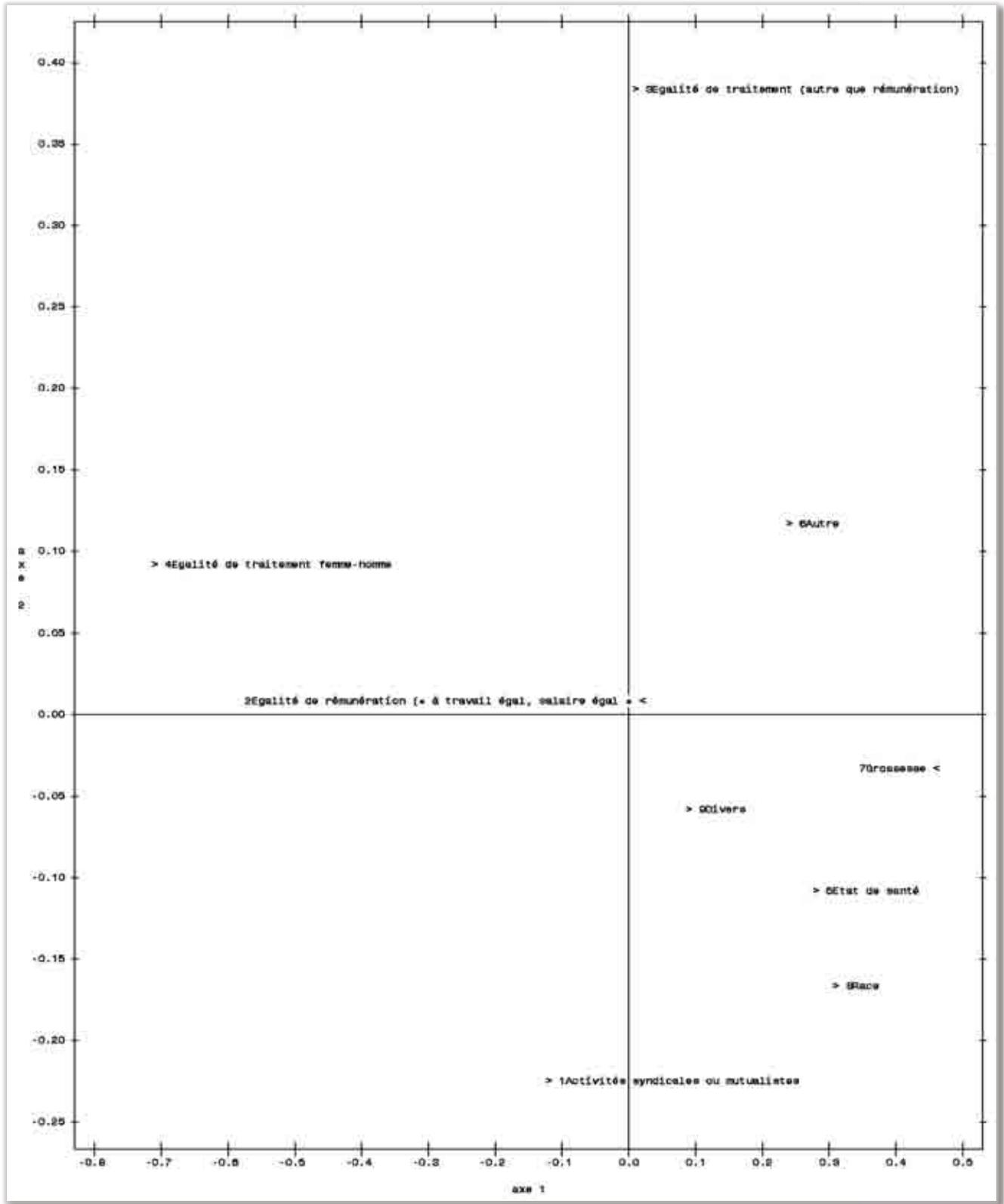


Figure 25 : Graphe 1, Axes 1 et 2, variable fondement de la demande

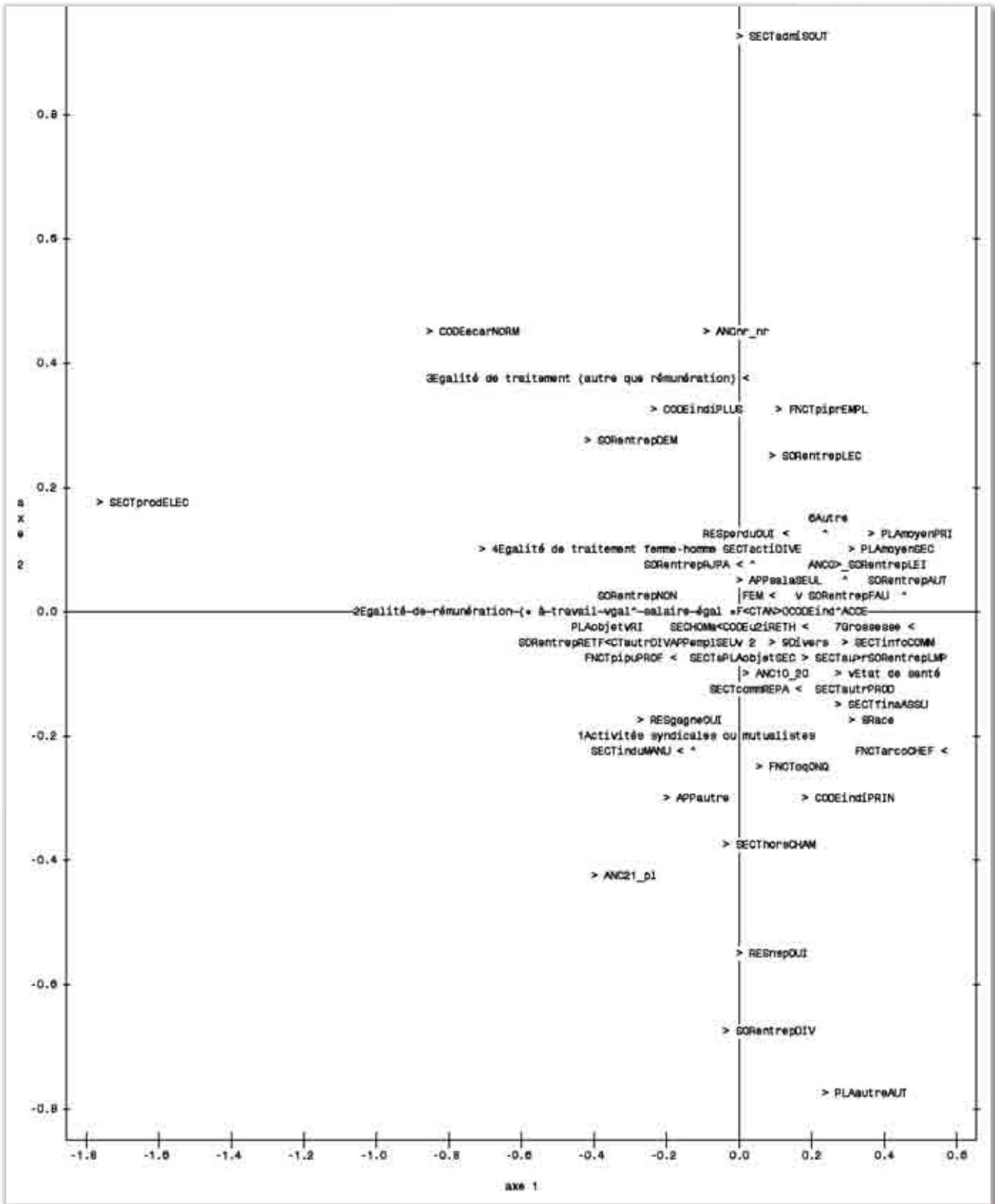


Figure 26 : Graphe 2, Axe 1 et 2, variables lignes et colonnes

## **Section 2 : Discrimination vs égalité de traitement ou de salaire, entre individus et collectifs**

Le secteur « production d'électricité » correspond à un très petit nombre d'observations (29 arrêts). Et cependant, la suppression de ce petit groupe de données a pour effet de *faire disparaître la modalité de revendication des droits*, en concentrant les oppositions *entre* les discriminations et *entre* les égalités et les discriminations: plus de 50 % de la variance est expliquée par les deux premiers axes, le troisième portant le pourcentage à 67, 56 % (Figure 27, Tableau de données 2). Comme précédemment, nous retiendrons ces trois premiers axes, illustrés par les deux graphes ci-après (Figures 28 et 29).

1. L'axe 1 oppose fortement deux figures de discrimination : les activités syndicales (coordonnée négative de - 0,32, contribution 58,5), et la grossesse (0,49, 18,5). Cette opposition correspond à l'axe 3 de la première AFC. Les variables-colonne actives se distribuent entre l'un et l'autre de ces pôles : d'un côté, « l'ancienneté supérieure à 21 ans », « pas de sortie de l'entreprise », « objet principal du litige » ; de l'autre, « ancienneté de 0 à 3 ans », « moyen au soutien de la demande secondaire » et « sexe féminin ». On retrouve ici l'opposition entre deux formes *d'actions en justice* sur ces motifs: par des salariés très intégrés d'un côté, par des salariés en position moins stable de l'autre.
2. L'axe 2 est constitué par une opposition entre égalité de traitement autre que rémunération (- 0,39, 63,2), et la « race » (0,34, 10,7). Cette forte contribution de l'égalité de traitement se construit autour des mêmes trois variables que nous avons vues précédemment : le « secteur d'activité de soutien aux entreprises », « l'ancienneté non renseignée » et la « collection d'actions individuelles ». Du côté de la race, c'est « l'action individuelle principale », et la « fonction- employé » qui contribuent à l'axe. *Le rapport collectif- égalité/individuel-discrimination* est structurant de l'axe, à ceci près que c'est la « race » qui porte la discrimination.
3. La « race » se retrouve comme variable structurante de l'axe 3 (0,49, 32,6), mais cette fois en opposition à l'égalité de rémunération « à travail égal » (-0,18, 32,5). Dans cette opposition, la race se caractérise par le « moyen au soutien de la demande principale », « l'utilisation rhétorique du moyen », et les fonctions « autres et divers ». L'égalité de rémunération est portée par « l'objet d'une demande secondaire », le sexe féminin, et la réussite de l'action.

Sur cet axe, le sens de l'opposition n'est pas très net. La discrimination selon la « race » est caractérisée par des informations peu précises, tandis que le « travail égal », objet d'une demande secondaire, se caractérise par le sexe féminin des demandeurs et la meilleure réussite de l'action.

*Avec la suppression du secteur de l'électricité et du gaz, disparaît la modalité de revendication de l'égalité des droits. Les discriminations syndicales structurent les axes, les autres*

*modalités d'égalité et de discrimination s'opposant sur des variables différentes, sans qu'il en ressorte des figures bien marquées.*

Il nous reste à proposer une synthèse de ces enseignements quantitatifs, avant d'en venir aux études particulières qui nous feront entrer dans la matière des litiges.

JURICA Fondement de la demande HORS SECTEUR PRODUCTION ELECTRICITE

```

.....
* Caractéristiques de l'analyse
.....
* Nombre de modalités-colonnes actives = 50
* Nombre de modalités-colonnes supp. = 2
* Nombre de modalités-lignes actives = 9
.....

Liste des modalités-lignes actives : 1Activités syndicales ou mutualistes 2Egalité de rémunération (= à travail égal, salaire égal =
3Egalité de traitement (autre que rémunération) 4Egalité de traitement femme-homme 5Etat de santé 6Autre 7Grossesse 8Race 9Divers

Liste des modalités-colonnes actives : CODEUTIRETH CODEINDIPLUS CODEINDIPRIN CODEINDIPRIN CODEINDIPRIN APPMISEUL APPMISEUL APPMISEUL
SOREntrepNOM SOREntrepLIP SOREntrepFAU SOREntrepLEC SOREntrepLEI SOREntrepRUPA SOREntrepRET SOREntrepDEM SOREntrepAUT SOREntrepDIV PLAbjetsSEC
PLAbjetsPRI PLAbjetsSEC PLAbjetsPRI PLAbjetsAUT HOM FEM ANCO0_03 ANCO0_09 ANCO0_10 ANCO0_11 ANCO0_12 ANCO0_13 ANCO0_14 ANCO0_15 ANCO0_16 ANCO0_17
SECTAutrSERV SECTAutrPROO SECTAutrDIVE SECTAutrSCHAM SECTAutrMANU SECTAutrREPA SECTAutrTRANSPOR SECTAutrINFORM SECTAutrASSU SECTAutrMISOUT SECTAutrSOCI
FNCTArrooCHEF FNCTArrooCADR FNCTArrooPROF FNCTArrooEMPL FNCTArrooQND FNCTArrooDIVE

Liste des modalités-colonnes supplémentaires : MOTTITUQUI MOTTITUON

Valeurs propres (Inertie totale : 0.18128)

N° Val.Pr. Diff. Pot Cum
1 0.0412 25.57 25.57
2 0.0396 0.0016 24.66 50.13
3 0.0278 0.0118 17.22 67.38
4 0.0171 0.0107 10.59 77.95
5 0.0160 0.0010 9.95 87.90
6 0.0093 0.0067 5.77 93.67
.....

```

Aides à l'interprétation pour les modalités-lignes actives

Ident.	Mod. Lignes actives	CONTR	POIDS	COORD	AXE1	AXE2	AXE3
		CTR	CO2	QLT	CTR	CTR	CTR
1	1	56.3	17.03	0.32	1	6	6
2	9	0.1	8.21	0.01	9	0	2
3	5	5.0	18.83	0.11	5	1	5
4	8	0.1	4.51	0.03	8	7	4
5	4	5.1	9.81	0.18	4	4	7
6	3	8.1	11.10	0.24	3	8	3
7	2	18.3	10.79	0.49	2	3	8
8	6	4.4	13.09	0.22	6	2	1
9	7	0.7	2.52	0.05	7	5	9

Figure 27 : Tableau de données 2

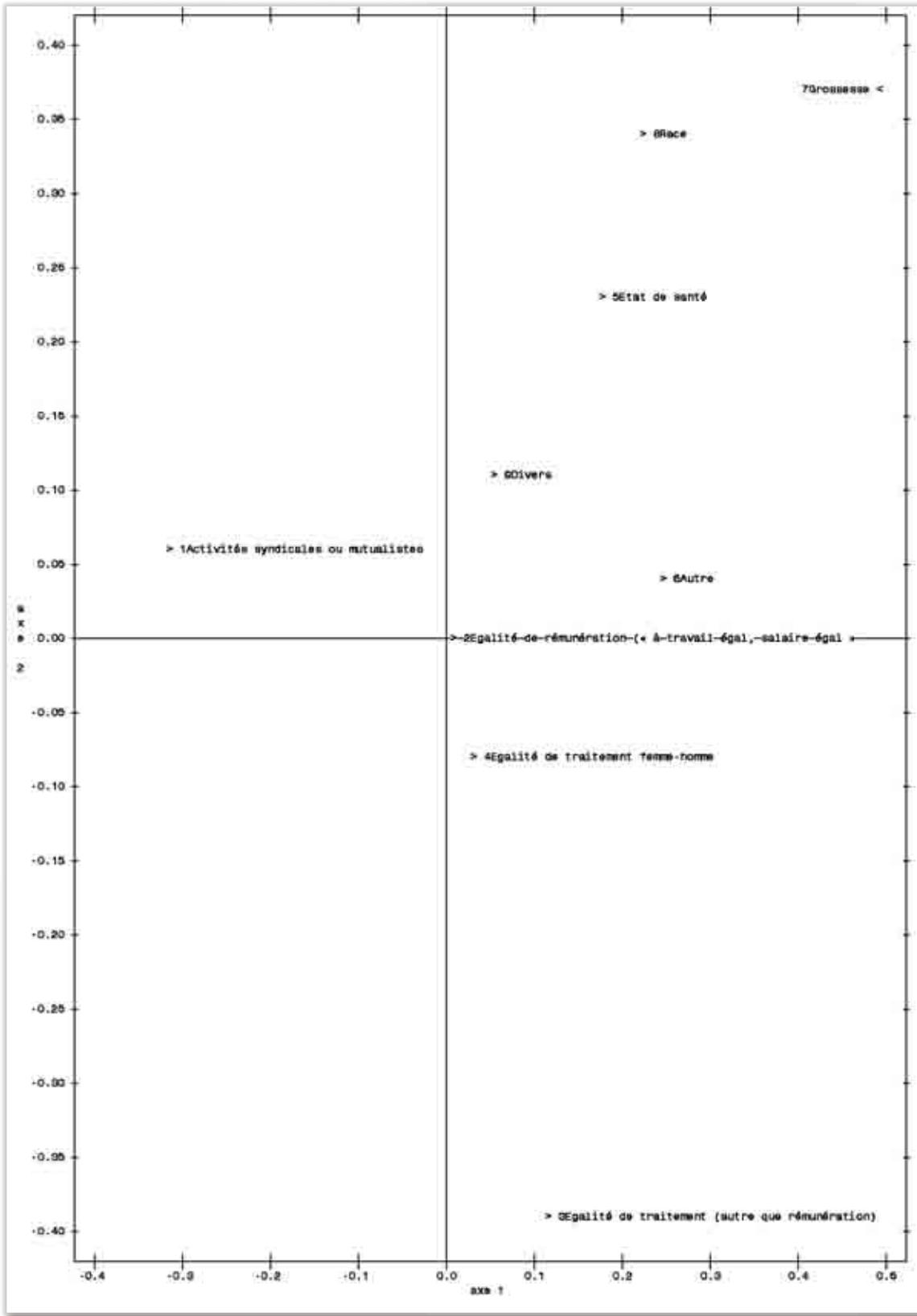


Figure 28 : Graphe 3, Axes 1 et 2, variable fondement de la demande (hors secteur de l'électricité et du gaz)

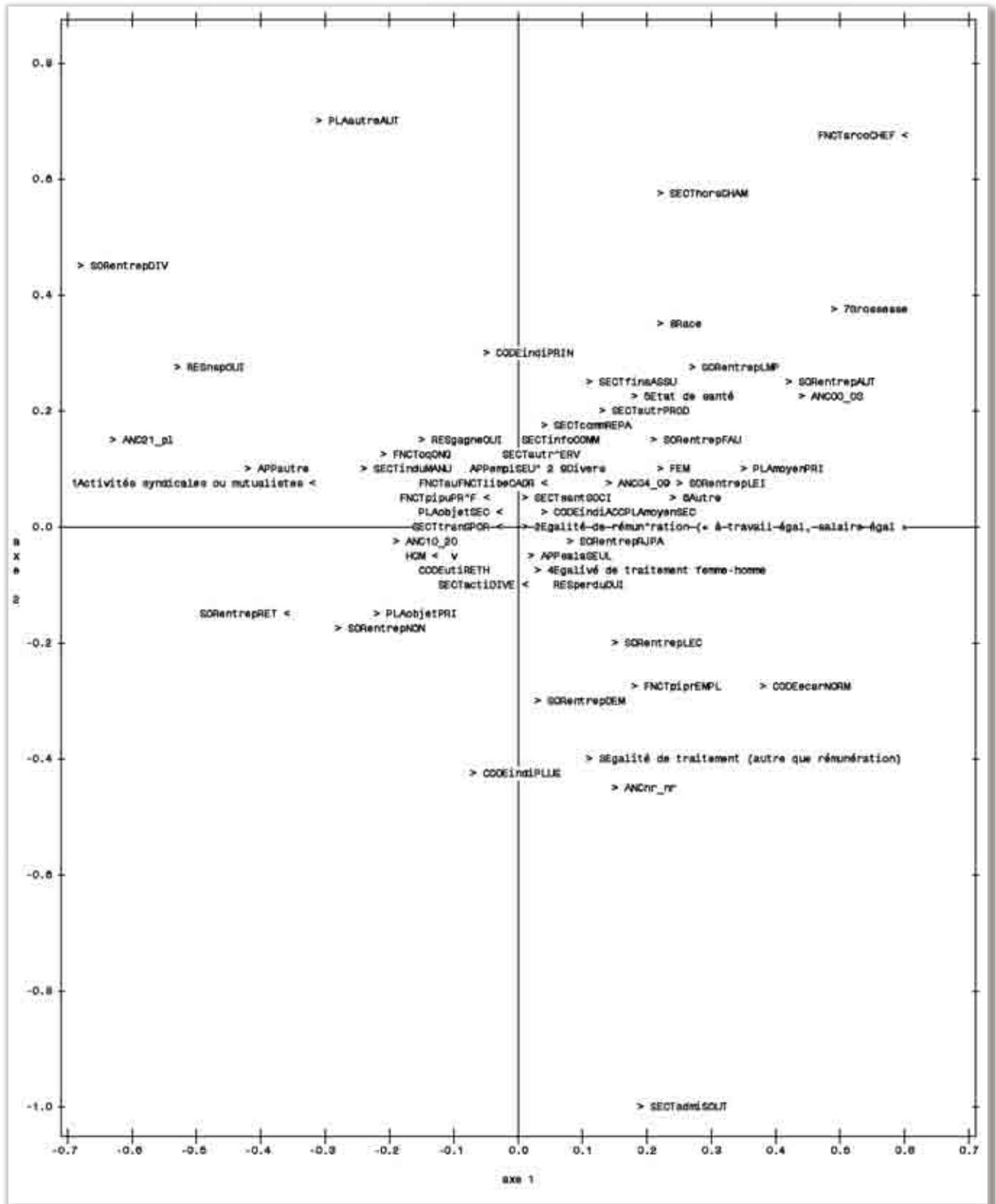


Figure 29 : Graphe 4, Axes 1 et 2, variables lignes et colonnes, sans le secteur électrique

## **Synthèse : des motifs et des actions**

Partant d'un échantillon de quatre trimestres d'arrêts d'appel extraits de la base Jurica (de 2007 à 2010), nous avons voulu rendre compte de la vie des normes dédiées aux discriminations et à l'égalité en matière sociale. L'ordre juridique empirique qui résulte de cette étude apparaît sensiblement différent de l'ordre classificatoire proposé par la jurisprudence et la doctrine. Il ne restitue pas non plus la richesse des motifs discriminatoires, dont nous avons brossé un tableau dans le chapitre 2. De l'analyse statistique, nous retiendrons quatre catégories de résultats qui attestent de ce décalage : l'ampleur du contentieux, les motifs mobilisés, la place des motifs dans les litiges, les résultats de l'action. De l'analyse factorielle, nous tirerons une image contentieuse bien éloignée des stéréotypes des discriminations.

### ***A : Beaucoup de motifs pour peu d'actions***

1- *Sur l'ampleur du contentieux*, l'étude apporte trois enseignements principaux :

- Le poids de la matière prud'homale dans les litiges impliquant la discrimination ou le travail égal ;
- La très faible proportion des arrêts d'appel en matière prud'homale qui traitent de ces questions : autour de 2 % par an, avec un « pic » à 3,27 % en 2009.
- La dispersion des arrêts dans le temps et dans l'espace, exclusive de régularités, et qui ne permet pas d'identifier des « jurisprudences locales ».

2- *Sur les motifs*, on constate une extrême concentration des affaires, qui contraste avec la prolixité des textes. Parmi les 22 motifs prévus dans notre grille, trois suffisent à rendre compte de 65,9 % des arrêts : égalité de rémunération, activités syndicales ou mutualistes, égalité de traitement. Si on regroupe par proximité l'ensemble des motifs rencontrés dans notre corpus, quatre ensembles peuvent être dégagés. Le premier comporte deux motifs généraux : égalité de rémunération-travail égal, égalité de traitement autre que rémunération. A eux seuls, ils représentent 41,8 % des motifs. Ce recours massif aux motifs d'égalité « abstraite » fait écho à la préférence des cours suprêmes françaises pour les principes d'égalité, que nous avons soulignée dans le chapitre 2.

Le deuxième ensemble regroupe des motifs liés à des discriminations « ciblées » sur des catégories de personnes. Cet ensemble composite représente 26,6 % des arrêts, regroupant l'état de santé (6,5 % de l'ensemble des arrêts), l'égalité de traitement femme-homme (6,2%), et les « autres

motifs » énumérés (5,4%).

Le troisième ensemble réunit deux motifs liés à l'activité dans l'entreprise (syndicat et grève) : il représente 26 % des motifs.

Un dernier groupe rassemble les revendications peu, ou mal caractérisées (discriminations multiples, aucun, autre). Il représente 7,1% des motifs.

Ces regroupements mettent en évidence la part limitée faite aux discriminations liées à un certain « état » des personnes, notamment à leur sexe. Il existe de ce point de vue une distance importante entre ce que les observateurs considèrent comme des discriminations particulièrement reprochables, et ce que les parties mettent en avant dans les procédures. Les salariés semblent se situer plus facilement dans une problématique d'égalité au regard de ce qu'ils font (*être traité et/ou rémunéré comme ses égaux dans le travail*), que comme « victimes » de discriminations en raison de ce qu'ils sont.

3- Sur la *place de la discrimination* ou de l'égalité dans les litiges, on constate qu'elle est marginale, avec seulement 30,8 % des litiges qui sont initiés à titre principal pour ce motif. L'extension des litiges est également limitée, avec 69,2 % d'affaires individuelles, répartis en demandes accessoires (35,7%), et demandes principales (31,6 %). Le seul secteur qui présente un caractère collectif est celui de l'égalité de traitement femmes-hommes.

4- Les litiges connaissent un faible succès pour les salariés-demandeurs: 64,4 % perdent leur procès sur le motif spécifique. Cependant, les gains et les pertes ne sont pas également distribuées entre les motifs : les perdants sont *minoritaires* dans l'égalité homme-femme (35,4 %) ; ils sont *moins nombreux* que la moyenne dans les revendications en matière syndicale (55,4 %) ; mais ils atteignent des sommets pour l'égalité de traitement autre que les rémunérations (83,9 % de perdants).

*Se dessine une ligne de partage entre les affaires les plus nombreuses, où l'égalité l'emporte sur les discriminations, mais où la thématique n'est qu'accessoire, et celles, beaucoup moins nombreuses et plus ciblées, qui sont orientées vers les discriminations.*

### **B : Des actions contre-intuitives**

3. L'analyse factorielle conforte cette analyse en mettant en évidence trois oppositions complémentaires :
4. La première se situe entre la logique de *revendication d'égalité générée*, et la logique de la *plainte contre des actes discriminatoires*. Dans le premier sens, l'action est exercée contre la *règle*, dans le second cas, elle est exercée contre *l'entreprise à qui sont imputés des actes*

*discriminatoires*. La particularité de cette logique d'égalité des droits est qu'elle est essentiellement le fait des hommes, inversant le sens de ce que l'on range habituellement sous cette forme d'égalité.

5. La seconde se situe entre des revendications *d'égalité collective*, où des groupes se comparent à d'autres, et des réclamations *individuelles*, où un salarié se compare à un ou à plusieurs autres salariés. Le paradoxe de cette opposition est que ce sont les discriminations syndicales qui sont le plus souvent porteuses de revendications individuelles.
6. Enfin, égalité et discrimination s'opposent autour du *lien avec l'entreprise*. Lorsque l'égalité des droits est en jeu, le lien avec l'entreprise est ténu, même si cette dernière est partie au litige. Les discriminations syndicales au contraire, *prennent sens dans l'entreprise et en cours de contrat*.



## **Troisième partie : Discriminations et égalité en matière sociale, mise en scène**

Notre projet initial prévoyait de compléter l'étude statistique de l'échantillon d'arrêts par une série d'analyses thématiques. En fonction des intérêts de chacun, des sous-équipes se sont constituées pour traiter les arrêts de manière approfondie autour de cinq sujets : quatre fondements spécifiques (le genre, la race, l'âge, la discrimination syndicale), et un thème transversal (les méthodes de comparaison). L'objectif n'était pas de traiter quantitativement ces thèmes (ce qui est la finalité de l'étude statistique), mais de diversifier les observations en entrant dans le cœur des litiges. Pour des raisons de temps et de disponibilité des chercheurs, seulement trois des cinq études ont pu être menées à bien. Elles forment la matière de cette troisième partie : le genre (Chapitre 1), la comparaison (Chapitre 2), et la discrimination syndicale (Chapitre 3).

Deux méthodes d'extraction ont été utilisées. S'agissant du genre et de la discrimination syndicale, les arrêts ont été identifiés par exploitation de la variable « fondement » du fichier général. Tous les arrêts correspondant aux fondements retenus ont été extraits et soumis à l'analyse. L'étude sur la méthode de comparaison, à vocation transversale, a été réalisée non à partir du fichier, mais à l'aide d'une interrogation effectuée directement dans le texte des arrêts figurant dans l'échantillon initial, avant codage. Les arrêts ont été ensuite sélectionnés pour illustrer les différentes méthodes.

En l'état, ces trois études n'épuisent pas la matière à traiter. Le fichier issu de l'exploitation autorise des extractions d'arrêts sur bien d'autres critères, qu'il s'agisse de variables retenues dans la grille d'analyse (fondements, ou montants), ou de données qualitatives non exploitées (comme les données d'entreprise). Le volet qualitatif de la recherche a donc vocation à se prolonger dans l'avenir, notamment dans une perspective de mise à jour de nos observations au regard de l'évolution du droit.



## **Chapitre 1 : Les actions genrées devant les cours d'appel : paradoxes et flottements**

■ *Evelyne Serverin, Raphaël Dalmasso*

S'il est un thème de discrimination socialement et politiquement préconstruit, c'est bien celui qui est associé à la différence des sexes, autrement dénommée « genre » dans la littérature spécialisée. Préconstruit, car le concept de genre ne se limite pas au constat objectif d'une différence sexuée, mais est porteur du présupposé d'une position défavorisée des *femmes* dans la sphère du travail, soit en raison des particularités inhérentes au sexe (grossesse, maternité), soit en raison d'une répartition sociale des rôles (situation de famille), soit en raison de grilles et/ou de pratiques salariales fondées sur des critères qui dévalorisent leurs fonctions.

S'agissant des femmes, le droit de la non-discrimination et de l'égalité s'organise dans deux directions complémentaires : la compensation des handicaps liés à la grossesse, la maternité, la situation de famille, par l'octroi de droits spécifiques ; la sanction par des textes antidiscriminatoires des différences de traitement des femmes qui ne sont pas justifiées par des critères objectifs liés à la compétence et au mérite. *Nous désignerons sous l'expression de « règle genrée » tout dispositif qui tient compte du sexe, que ce soit implicitement (grossesse, maternité), ou explicitement (rémunérations femme/hommes).*

C'est la mobilisation de ces règles, et elles seules, que nous observerons dans le cadre de ce chapitre. En effet, on ne peut considérer que les actions sont genrées par cela seul qu'elles sont intentées par des femmes. Comme le montre le tableau général de la deuxième partie, l'écrasante majorité des femmes qui agissent sur le terrain des rémunérations ne mobilisent pas les règles genrées, et à l'inverse, il arrive que les hommes revendiquent le bénéfice des règles genrées<sup>194</sup>. L'étude que nous proposons ici porte sur les litiges porteurs de revendications fondées sur de telles règles, que ces revendications soient principales ou accessoires, individuelles ou collectives.

Dans une section préliminaire, nous indiquerons le cadre de notre observation et les principes de constitution du corpus d'arrêts correspondant (Introduction).

Pour entrer dans la matière des litiges, nous diviserons ce corpus en deux sous-groupes, de taille comparable : le premier sous-groupe rassemble les actions entreprises sur le fondement de l'égalité de traitement femme/hommes (*Section 1*) ; le second rassemble les fondements liés à la discrimination (*Section 2*). Nous terminerons par une réflexion plus générale sur les caractéristiques des outils juridiques disponibles dans ce domaine (conclusion).

---

194 V. supra. Figure 17.

## Section préliminaire: Observer des actions orientées vers le genre

Observer les actions genrées implique d'abord d'identifier les sentiers juridiques qui peuvent être empruntés (A). Une fois les motifs « genrés » identifiés, nous extrairons de notre corpus les arrêts qui répondent à ces critères, en proposant une première image de leur répartition (B).

### A : Les sentiers des réclamations « genrées »

Le genre est caractérisé par une multiplicité et une diversité de *fondements juridiques*: sans être exhaustif, le genre peut être saisi à partir des références qui se distribuent entre les « discriminations » et « l'égalité homme/femme »:

- 1) Au titre des discriminations, les textes applicables se distribuent en trois sous-groupes, le sexe, la maternité et la grossesse, la situation de famille.
  - a) *Sur les discriminations liées au sexe* : ancien art. 13 du Traité de Rome: prendre les mesures destinées à combattre les discriminations fondées sur le sexe, la race etc.; article 10 TFUE (l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race etc.), article 19 TFUE « le conseil après approbation du parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe etc.; directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO 1998, L 14, p. 6), directive 2006/54 ; directive 2000-78, article 1 de la loi 2008-496 du 27 mai 2008 de transposition de la directive « constitue une discrimination directe (sur le fondement de son sexe...); discriminations indirectes, ancien article 119, CJCE 31 mars 1981, Jenkins, Aff. C.96/80 accordant une rémunération horaire moindre sur le temps partiel; majoritairement occupé par des femmes: Arrêt de C-300/06 Ursula Voß / Land Berlin : « la rémunération des heures supplémentaires à un taux inférieur à celui des heures « normales » peut constituer une discrimination fondée sur le sexe ». La discrimination peut concerner aussi les hommes, pris en tant que pères, au titre des avantages, et des pensions de vieillesse réservées aux mères<sup>195</sup>.
  - b) *Sur les discriminations liées à la maternité et à la grossesse* : art 2 de la loi du 27 mai 2008, discrimination directe ou indirecte, visant à protéger la grossesse et la maternité y compris le congé de maternité, pas visé par l'article art. L 1132-1 Code travx ; art. L 1132-1, art. 1142-1 sur les discriminations à l'embauche, 2°, sur « la considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse », art 2 de la loi du 27 mai 2008, discrimination directe ou indirecte, visant à protéger la grossesse et la maternité y compris le congé de maternité; art. L 1225-1 au titre de la rupture de la période d'essai; article 225-1 du code pénal.
  - c) *Sur les discriminations liées à la situation de famille* : art. 1142-1 Code travx. sur les discriminations à l'embauche, 2°, fondées sur « la considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse »; article 225-1 du code pénal.

---

195 J-P Lhernout et D. Martin « Sur la discrimination des pères en matière de pension de vieillesse », Dr. Soc. 2007, p. 319.

- 2) Au titre de l'égalité, les textes pertinents sont relatifs à deux catégories de principes, l'égalité de traitement entre hommes et femmes, l'égalité de rémunération femme/homme :
- a) *l'égalité de traitement entre hommes et femmes* : art. 8 TFUE (l'Union cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes) ; directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, directive 2006-54 du 5 juillet 2006,
  - b) *l'égalité de rémunérations femme/homme* : ancien art 119 du Traité CE, effet direct consacré par l'arrêt Defrenne du 8 avril 1976 (aff. C-43/75). Aujourd'hui, art. 141 TFUE, directive 75/117/CEE du 10 février 1975; loi du 3 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ; égalité des chances et de traitement entre les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales et entre ces travailleurs et les autres travailleurs : charte sociale européenne, article 27 de la Charte; article 153 TFUE, égalité de traitement impliquant l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment à l'état matrimonial ou familial.

En revanche, ne seront pas considérés comme genrés :

- 1) Le principe à travail égal salaire égal, devenu autonome depuis l'arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996, et qui s'applique sans considération de sexe.
- 2) Le principe d'égalité de traitement, issu de la directive 2000 /78/CE du 27 novembre 2000, posant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, directement applicables dans les rapports entre particuliers<sup>196</sup>. L'égalité de traitement est devenue un principe autonome pour la Cour de cassation. Nous avons vu dans le chapitre 2 que ce principe était désormais mentionné en tant que tel dans les visas des arrêts, à l'exclusion de tout autre fondement.

### ***B : Le genre devant les cours d'appel***

La première étape de l'étude a consisté à repérer dans notre liste des fondements ceux qui sont porteurs d'une orientation genrée. Cette entrée était la seule pertinente, en l'absence de visa de textes dans de très nombreux arrêts. Six modalités entrent dans ce groupe: égalité de traitement homme/femme (qui regroupe les rémunérations et les autres droits sociaux), grossesse, sexe, orientation sexuelle, maternité, situation de famille. Nous y avons ajouté les arrêts fondés sur des discriminations multiples, dont l'une au moins relève de cette liste. Précisons tout de suite que ces fondements ne s'expriment pas toujours sous la forme canonique prévue par les textes. Les expressions composites ne sont pas rares, telles que « discrimination salariale homme-femme », ou « discrimination de rémunération en raison du sexe ». En cas d'ambiguïté, avons classé le fondement dans la catégorie qui rendait le mieux compte de la demande, en étant attentif à la présence ou

---

<sup>196</sup> CJCE 22 novembre 2005, affaire Mangold C-144/04. Soc 11 mai 2010). Directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE –Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. L'égalité de traitement est considérée par la Cour de cassation comme un principe, qui peut concerner tous les aspects des rémunérations. Soc. 10 juin 2008, n° 06-46000, Bull. 2008, V, n° 130.

l'absence de référence « genrée ». Cependant, les « flottements » constatés dans le codage du fondement constituent pour nous moins une difficulté pratique, qu'un révélateur de la porosité des frontières entre les motifs, une même situation pouvant être « indexée » par les parties sous des motifs différents.

Le tri de notre corpus sur ces différents fondements retourne seulement 172 arrêts sur 1538, soit 11,2% de l'ensemble. C'est très peu à l'évidence, surtout si on se rappelle que le contentieux des discriminations et de l'égalité représente lui-même moins de 3% du contentieux prud'homal en appel<sup>197</sup>. Et surtout, ces demandes n'émanent pas toujours des femmes. Comme on peut le voir dans la figure 30 ci-dessous, si les femmes sont majoritaires dans l'ensemble des motifs, les hommes sont majoritaires dans le motif d'égalité de traitement femme/homme.

Figure 30 : Tableau, répartition des arrêts sur le genre

	Femmes	Hommes	N'y a lieu (action d'un syndicat)	Total
<b>Egalité de traitement homme/femme</b>	43	53	0	96
<b>Grossesse</b>	29	0	0	29
<b>Sexe</b>	4	1	0	5
<b>Orientation sexuelle</b>	2	4	0	6
<b>Maternité</b>	1	0	0	1
<b>Situation de famille</b>	8	2	1	11
<b>Multiples</b>	24	0	0	24
<b>Total</b>	111	60	1	172

Trois observations peuvent être tirées en première lecture de ce tableau.

<sup>197</sup>

Nous avons indiqué en première partie que ce taux fluctuait autour de 2 %, sauf pour l'année 2009 où il atteint 3,27 %.

- La proportion de motifs « genrés » est comparable à celle que la Halde constatait pour la période considérée, tous secteurs confondus. Les réclamations formées au titre de la grossesse, du sexe, de l'orientation sexuelle, et de la situation de famille, oscillait devant cette instance entre 11,8% en 2008 et 14% en 2010 de l'ensemble des motifs invoqués<sup>198</sup>.

- La seconde observation est la rareté de la présence des femmes qui agissent en discrimination/égalité sur ce terrain spécifique. Si les femmes sont majoritaires dans ce sous-groupe (64 %), elles ne sont que 20 % à se situer sur ce terrain. *Concrètement, cela signifie que lorsque les femmes agissent, ce n'est que minoritairement sur le terrain des actions « genrées »*<sup>199</sup>. Le rapport de la Halde pour 2010 met en évidence un phénomène identique de faiblesse des motifs « genrés » parmi les demandes des femmes, alors même que la proportion de femmes demanderesses s'accroît<sup>200</sup>.

- la troisième observation est la présence singulière des hommes sur le terrain de l'égalité de traitement femmes/hommes. Alors qu'ils sont minoritaires dans le sous-groupe, ils sont majoritaires dans cette classe spécifique. Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, cette présence s'explique par l'existence d'actions particulières en matière d'égalité au regard des bonifications pour enfants dans les régimes de retraite, actions homogènes qui ont contribué à configurer les axes de l'AFC<sup>201</sup>.

En gardant en tête le caractère marginal de ce type d'actions, nous allons entrer dans les récits du genre.

Pour aborder ces litiges, nous les répartirons en deux groupes, de taille comparable, qui divisent « naturellement » le fichier. Le premier sous-groupe (96 arrêts), rassemble les actions entreprises sur le *fondement de l'égalité de traitement femme/hommes*. C'est le sous-groupe le plus masculin, mais des femmes se sont également risquées sur ce terrain (*Section 1*). Le second sous-groupe rassemble les autres fondements liés à la discrimination (76 arrêts). Il est à la fois hétérogène et très féminisé, en ce sens qu'il vise des attributs fortement liés au sexe féminin (*Section 2*).

---

<sup>198</sup> Rapport annuel de la HALDE, 2010, op. cit., tableau p. 21. La statistique ne croise pas le secteur avec le motif, de sorte que la contribution de l'emploi privé à ces motifs n'est pas mesurée.

<sup>199</sup> Sur cette observation, v. notre analyse supra deuxième partie, chapitre 2.

<sup>200</sup> Ibid., p. 17 : « Le pourcentage de saisines émanant de femmes est passé de 42 % en 2008 à 44 % en 2009, et 48 % en 2010. En 2008, la halde a reçu 126 réclamations portant sur l'état de grossesse, soit 2 % du total et, en 2010, 615 réclamations, soit 5 %. Les réclamations sur le sexe, la grossesse et la situation de famille concernant plus directement les femmes sont passées de 9 % en 2008 à plus de 12 % en 2010. »

<sup>201</sup> V. supra chapitre 3.

## **Section 1 : Histoires d'égalité de traitement femme/hommes**

Dans l'histoire de la constitution de la catégorie de l'égalité de traitement femme/homme, c'est le rapprochement des droits des femmes avec ceux des hommes qui était en jeu. Dans notre corpus, la catégorie a été certes mobilisée en ce sens par les femmes (43 arrêts), mais les hommes ont été plus nombreux à le faire, en sens inverse (53). L'analyse successive des actions des hommes (A), et des femmes (B), montre la réversibilité de dispositions conçues initialement en faveur des femmes.

### ***A : Quand les pères réclament les avantages des mères***

La caractéristique des litiges formés par les hommes est de se construire en *référence à des normes allouant des droits spécifiques aux femmes ou aux mères*. A l'exception de trois arrêts où des hommes se comparent à des femmes au titre de l'égalité des rémunérations<sup>202</sup>, tous les litiges impliquant des hommes ont une dimension collective : soit des salariés demandent devant des juridictions différentes le bénéfice de droits issus de normes nationales (39 arrêts, répartis dans 15 cours d'appel), soit l'action est exercée en série dans la même entreprise pour contester une convention collective (une série de 11 arrêts dans une même cour).

### ***Des bonifications et des majorations pour enfants en question***

Le contentieux que nous désignerons sous le terme de « bonifications » représente dans notre échantillon la partie émergée d'un iceberg, celui de la contestation devant les instances communautaires et nationales de l'octroi exclusif aux mères du bénéfice de bonifications et de majoration de durée

---

<sup>202</sup> Dans les trois arrêts, le litige sur la rupture d'égalité à l'égard des femmes est très accessoire.

Dans Bordeaux, 18 novembre 2008, n° 07/03956, le litige était initié par un salarié déclaré inapte qui, contestait le refus de reclassement, en considérant comme discriminatoire « la réponse de l'employeur que les postes ne pouvaient être destinés qu'à des personnes de sexe féminin ». La cour juge que « que Monsieur M. n'établit pas de faits précis d'un refus du poste eu égard à son sexe à une date déterminée, alors que le courrier susvisé répondait à une question générale. Dès lors, le jugement doit être confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de dommages-intérêts pour refus de poste en raison d'une discrimination homme-femme. »

Dans Riom, 15 septembre 2009, n° 08/02425, le salarié licencié pour insuffisance professionnelle demande des DI pour discrimination en arguant « qu'il a reçu des réprimandes pour des tâches qu'il n'avait même pas effectuées, et qu'il est victime d'une discrimination étant donné qu'une responsable du même grade que lui percevait un salaire plus élevé que le sien et que les personnes de sexe féminin commettant des erreurs ne sont jamais réprimandées ». La cour se borne à constater que « aucune des pièces produites ne permet de mettre en évidence des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, d'une différence de traitement ou d'agissements de harcèlement dont aurait été victime M. R. ou plus généralement d'un comportement fautif imputable à l'employeur. »

Le troisième arrêt (Colmar, 9 novembre 2010, n° 4 B 09/04180), concerne un salarié agent technique d'un cabinet d'imagerie médicale qui conteste son licenciement et réclame, accessoirement un complément de salaires (854 euros), en raison d'une « rupture d'égalité en terme de salaire entre lui et Mme C ». Le moyen soulevé se présente comme une combinaison « du principe « à travail égal, salaire égal » qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des salariés d'une même entreprise, quel que soit leur sexe, et qui repose lui-même sur le principe général de non discrimination édicté par l'article L. 1132-1 du même code, qui interdit toute mesure discriminatoire entre salariés, notamment en matière de rémunérations. ». La cour considère que « En l'espèce, Monsieur Z invoque comme seul facteur discriminant le fait que Madame C., qui occupait comme lui un emploi d'A.C.I.M lors de son embauche, avait une ancienneté moindre pour un salaire contractuellement convenu légèrement supérieur au sien (...), et conclut que « ce seul critère d'ancienneté ne suffit cependant pas de l'avis de la Cour à laisser supposer une discrimination, alors qu'il n'est pas contesté que l'intéressée était appelée à exercer des tâches différentes et avait une formation supérieure à celle de l'appelant ».

d'assurance pour enfants. Dans notre échantillon, ce contentieux se retrouve sous la forme de litiges formés par deux groupes de pères : 35 salariés des régimes spéciaux (industries gazières, EDF, RATP, SNCF, Air France), et quatre salariés du régime général.

Comme on a pu le voir avec les analyses multivariées<sup>203</sup>, ces arrêts forment des ensembles cohérents qui se distinguent des autres par des traits particuliers : sexe, âge, situation dans l'emploi, ancienneté, extension du litige... Nous les analyserons en tant que groupes, sans entrer dans le détail des demandes.

1) En premier lieu, il faut rappeler la genèse de ces litiges, qui trouvent leur racine dans un contentieux de l'égalité de traitement en matière de retraite des fonctionnaires, pour s'étendre ensuite aux différents régimes.

Sur le fondement de l'article 141 du Traité de la communauté Européenne, la CJCE jugeait, dans son arrêt Griesmar du 29 novembre 2001, qu'étaient discriminatoires, au regard du principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes, les dispositions du régime français de retraites des fonctionnaires allouant aux seules mères des avantages pour enfants<sup>204</sup>. Le Conseil d'État allait dans le même sens pour les retraites de fonctionnaires (arrêt CE n° 141112 du 29 juillet 2002), puis étendait la solution aux régimes spéciaux du gaz et de l'électricité (CE, 18 décembre 2002). Cet arrêt déclare les dispositions du statut du personnel des industries électriques et gazières incompatibles avec l'article 141 du traité de la Communauté européenne au motif que les dispositions du statut d'EDF-GDF introduisent « *une discrimination entre agents féminins et agents masculins qui n'est justifiée par aucune différence de situation relativement à l'octroi des avantages en cause et qui, par suite, est incompatible avec les stipulations de l'article 141 du traité de la Communauté européenne* » (CE 18 décembre 2002, req. n° 247224).

Reprenant la définition très extensive retenue par les juges communautaires de la notion de « rémunération » au sens de l'article 141 du traité de la Communauté européenne, qui est donc susceptible d'englober des prestations sociales, le Conseil d'État a décidé que l'article 3 de l'annexe III du statut national des industries électriques et gazières était illégal.

La Cour de cassation se conformait à cette jurisprudence dans les litiges individuels, en accordant aux pères les mêmes droits qu'aux mères<sup>205</sup>. La Cour de cassation a d'abord cassé un arrêt déboutant un salarié qui demandait le bénéfice d'un règlement d'entreprise de la RATP réservant aux mères de famille une bonification d'ancienneté pour le calcul de la pension<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> Supra, Deuxième partie, Chapitre 3.

<sup>204</sup> La loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites a adapté la nature des avantages familiaux servis aux pensionnés et les a mis en conformité avec le droit communautaire en modifiant l'article L. 12 b du code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR) : pour les enfants nés ou adoptés antérieurement au 1er janvier 2004, la bonification d'un an par enfant est désormais accordée aux hommes et aux femmes, à condition que l'agent ait interrompu ou réduit son activité pour s'occuper de l'enfant, dans les conditions fixées par l'article R. 13 du CPCMR.

<sup>205</sup> Rappelons qu'en matière de discrimination, les membres du groupe défavorisé doivent se voir appliquer le régime accordé au groupe favorisé (CJCE 27 juin 1990, Kowalska, aff. C-33/89)

<sup>206</sup> Civ. 2, 20 déc. 2007, n° 06-20.563. L'arrêt de renvoi figure dans notre corpus (Paris, 19 novembre 2009, n° 08/00203). Cet arrêt fait droit à la demande : « Or attendu que l'article 119 du Traité de Rome devenu l'article 141 du Traité de la Communauté Européenne stipule que chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins ; qu'en conséquence, la pension retraite assurant des revenus de substitution sur la

Par un arrêt du 23 octobre 2007, la solution était étendue aux industries gazières, sur le fondement de la séparation des pouvoirs. En se référant à la décision du Conseil d'État du 18 juin 2002, la Chambre sociale jugeait que « toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, même décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil »<sup>207</sup>. La solution était confirmée ensuite sur le principe<sup>208</sup>.

Entre temps, un autre contentieux était né sur le terrain du régime général, celui des majorations de durée d'assurance, réservées aux mères par l'article L.351-4 du Code de la sécurité sociale. Depuis 2005, la Halde était saisie de nombreuses réclamations de pères de famille qui, ayant élevé seuls leurs enfants, dénonçaient le caractère discriminatoire de l'article L. 351-4. La Halde rendait un avis positif sur les réclamations, au motif que « *les avantages accordés aux femmes ayant élevé des enfants ne visaient pas à compenser les désavantages liés au congé de maternité ou à l'éloignement du service après l'accouchement, ni à les aider à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes, mais uniquement à leur offrir, au moment de leur départ à la retraite, des avantages en lien avec la période consacrée à l'éducation des enfants, ce qui leur confère un caractère discriminatoire* »<sup>209</sup>.

La deuxième Chambre civile de la cour de cassation donnait également gain de cause aux demandeurs, mais sur un fondement différent, la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 14) et son Protocole additionnel n°1. En effet, le régime de sécurité sociale échappe à l'application de l'article 141 du traité.<sup>210</sup> C'est donc sur le fondement d'une non discrimination femme/homme que la cour a jugé qu'il « *n'existe aucun motif de faire une discrimination entre une femme qui n'a pas interrompu sa carrière pour élever ses enfants et un homme qui apporte la preuve qu'il a élevé seul un enfant* »<sup>211</sup>.

Au moment où les cours d'appel statuent sur ces questions (de 2007 à 2010), l'interprétation jurisprudentielle est fixée. Si toutes les juridictions du premier degré n'ont pas donné gain de cause aux demandeurs, les cours d'appel ont appliqué sans faillir les solutions jurisprudentielles. Et les résultats sont là : contrastant avec le faible taux de réussite général des actions, le bilan est ici très majoritairement favorable aux demandeurs, quelle que soit la procédure suivie (au fond ou en référé devant les CPH, ou devant les TASS), et quel que soit le régime (spécial, ou général<sup>212</sup>) : 34 sur 39 demandeurs se sont vu

---

base de droits acquis pendant les années d'emploi, ce principe conventionnel de l'égalité de traitement est méconnu par la disposition qui réserve à l'agent féminin de la RATP ayant eu des enfants une bonification d'une année d'ancienneté par enfant qu'elle a eu pour le calcul de sa pension retraite, en ce qu'elle exclut l'homme qui a eu des enfants du bénéfice de cette bonification ».

<sup>207</sup> Soc. 23 oct. 2007, n° 06-43.329. Jurisprudence Sociale Lamy, 27 octobre 2008, n° 242, note Jean-Philippe Lhernould, p. 15-16

<sup>208</sup> Soc. 11 sept. 2008, n° 07-17.399.

<sup>209</sup> Maryse Badel, « Majoration de la durée d'assurance vieillesse : le juge agit au nom de la parentalité, Note sous Civ. 2, 19 février 2009, n° 07-20.668, Revue de droit sanitaire et social 2009, p. 338.

<sup>210</sup> Civ. 2 15 juin 2004, n° 02-30.978.

<sup>211</sup> Civ. 2, 21 déc. 2006, n° 04-30.586.

<sup>212</sup> On signalera sur ce dernier point l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 19 septembre 2007 (n° 06/04845), dont l'argumentaire est décalqué de celui de l'arrêt de la deuxième chambre civile du 21 décembre 2006 : « Si la jurisprudence européenne du 29 Novembre 2001 (arrêt Griesenar [sic] reprise par le Conseil d'État dans un arrêt du 29 juillet 2002 vise le cas d'un fonctionnaire ayant élevé des enfants, elle rappelle, néanmoins, que, conformément, notamment, aux dispositions des articles 119 du Traité de Rome et 23 de la Charte des Droits Fondamentaux, toute discrimination de traitement entre hommes et femmes est proscrite lorsqu'ils se trouvent dans des situations similaires. En l'espèce, l'article L 351-4 du Code de la Sécurité Sociale qui vise 'les femmes assurées ayant élevé au moins un enfant accorde à celle-ci un avantage au vu du seul critère de la parentalité et non de celui de la maternité. Dès lors, ce texte doit être considéré comme discriminatoire à l'égard des hommes assurés ayant comme M. K. élevé un ou plusieurs enfants ( six enfants dans le cas de l'appelant). »

accorder le bénéfice des bonifications<sup>213</sup>, avec des effets différents selon les régimes : possibilité d'une mise en inactivité anticipée (14 cas), recalcul des droits sous astreinte, parfois dommages-intérêts<sup>214</sup>. Les arrêts se répètent d'une cour à l'autre, avec les mêmes visas de textes (article 141 du Traité CE, et 14 de la CEDH), et les mêmes références jurisprudentielles (arrêt de la CJCE du 29 novembre 2001, du CE du 28 décembre 2002, de la Cour de cassation du 23 octobre 2007...).

2) Cependant, l'histoire juridique ne s'est pas arrêtée là où les diverses interprétations jurisprudentielles l'avaient fixée. En effet, ces jurisprudences favorables ont permis aux pères d'obtenir les mêmes avantages que les mères, sans perte pour ces dernières, ce qui a eu pour résultat d'alourdir les charges des différents régimes de retraite.

La réaction gouvernementale ne s'est pas fait attendre, sur tous les régimes, pour éviter l'octroi cumulé des avantages aux pères et aux mères. Le gouvernement disposait d'une marge de manœuvre dans ce domaine, en application de la directive 79/7/CEE relative « *relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale* ». Si l'article 4 interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe par référence notamment à l'état matrimonial ou familial pour ce qui concerne un certain nombre d'obligations, il ajoute que les États membres peuvent cependant exclure du champ d'application de la directive notamment « *les avantages accordés aux retraités ayant élevé des enfants, en particulier pour ce qui concerne les périodes d'interruption d'emploi* ».

Les réformes des différents régimes de retraite se sont donc multipliées à partir de 2008, allouant des droits aux pères sous des conditions variées. Mais ces législations étaient moins favorables aux pères que le cumul simple qui résultait de l'extension des droits prévues pour les mères. Ces dispositions ont ouvert de nouveaux fronts contentieux dont les premiers exemples apparaissent dès 2009 dans notre corpus. Quatre arrêts portent ainsi la trace des interventions législatives et réglementaires, et attestent que l'épilogue des avantages pour enfants est loin d'être écrit.

3) *En ce qui concerne le régime des agents d'EDF-GDF*, un décret du 27 juin, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008, abrogeait et remplaçait les dispositions de l'annexe 3 du statut national du personnel des industries électriques et gazières. La nouvelle annexe 3 prévoit désormais, sous conditions, des avantages au profit des parents (père et mère) ayant cessé totalement, et selon un cadre précis, leur activité pour s'occuper de leurs enfants nés ou adoptés avant le 1er juillet 2008. Ce nouveau texte a été invoqué devant la Cour d'appel d'Agen, dans un litige initié par un salarié de GDF, qui demandait sa mise en inactivité anticipée pour avoir élevé trois enfants<sup>215</sup>. Sa demande avait fait l'objet d'un refus de la part de GDF, au motif que ces dispositions ne concernaient que les agents mères de famille et non les agents pères de famille, argument dont on sait qu'il n'était plus recevable depuis longtemps. Après avoir sans succès saisi le CPH en référé, le salarié saisit le TASS, qui le déboute. La Halde intervient, mais ne comparaît pas. Après avoir réglé la litispendance, la Cour confirme la décision du TASS pour autorité de chose jugée. Le

---

<sup>213</sup> Les cinq cas de rejet n'ont porté que sur des questions de pouvoirs des juges des référés et d'autorité de chose jugée.

<sup>214</sup> Dans trois arrêts du 25/09/2008, la Cour d'appel d'Orléans, visiblement excédée par les recours multiples, a accordé aux salariés des dommages intérêts pour résistance abusive de l'employeur à leur demande de mise en inactivité : 5700 euros dans un cas (n°08/01159), 3000 euros dans l'autre (08/00499), et 5200 dans le troisième (n°08/00500).

<sup>215</sup> Agen, 7 octobre 2008, n° 07/01084.

rejet de la demande n'est donc pas fondé sur le nouveau décret. Cependant l'arrêt porte trace d'une observation de GDF, qui, après avoir demandé le bénéfice de l'autorité de chose jugée, fait état de ce que *“par décret du 27 juin 2008 entré en vigueur le 1er juillet 2008, les dispositions de l'annexe 3 du statut national du personnel des industries électriques et gazières ont été abrogées et remplacées, l'annexe 3 prévoyant désormais, sous conditions, des avantages au profit des parents (père et mère) ayant cessé totalement, et selon un cadre précis, leur activité pour s'occuper de leurs enfants nés ou adoptés avant le 1er juillet 2008”*.

Le décret du 1er juillet 2008 est à nouveau invoqué devant la Cour d'appel de Paris, à l'égard d'un salarié d'EDF qui demandait sa mise en inactivité en référé devant un CPH, en se fondant sur le statut antérieur<sup>216</sup>. La Cour écarte l'application du nouveau décret sur le fondement du principe de non-rétroactivité: *« la demande de mise en inactivité, formée par l'agent, est antérieure au 1er juillet 2008, puisque l'appelant l'a adressée à la société EDF le 24 juin 2008 (...) », et « qu'il convient de constater, avec l'évidence requise en référé, que la demande, tant du 24 juin 2008 que celle présentée devant le conseil de prud'hommes, concerne bien la mise en inactivité du salarié et est antérieure au décret ; Qu'en application de l'article 2 du code civil, la loi, et donc a fortiori une disposition réglementaire, ne dispose que pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif »*. Là encore, l'application de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation a permis au salarié d'avoir gain de cause. Mais on voit bien que cette situation n'est que temporaire, et que l'application du nouveau décret placera les pères relevant du statut du personnel des industries électriques et gazières dans une situation moins favorable que celle qui résultait des interprétations jurisprudentielles des textes anciens.

4) Un autre décret du 15 janvier 2008, modifiant le *régime de retraite de la SNCF*, et conditionnant l'attribution d'avantages familiaux à une interruption effective d'activité pour s'occuper de l'enfant, était en débat devant la Cour d'appel de Grenoble<sup>217</sup>. Ce décret était invoqué par l'entreprise contre la demande d'un salarié formée devant le TASS aux fins d'obtention de sa mise en inactivité anticipée en tant que père de trois enfants, alors qu'il ne remplissait pas ces conditions. La Cour considère que le décret n'est pas applicable à la cause, là encore pour des raisons d'application dans le temps: *« les conditions d'ouverture des droits à la retraite litigieux sont celles en vigueur à la date (24 novembre 2004) de présentation de la demande qui a été sanctionnée par un refus, et non celles en vigueur à la date où la juridiction se prononce sur la validité ou l'absence de validité de la décision de rejet qui lui est déférée »*. Elle applique donc la jurisprudence classique, et donne gain de cause au demandeur.

5) *Le régime général de sécurité sociale* relatif aux majorations de durée d'assurance pour enfants a également été modifié par la loi du 24 décembre 2009. Le législateur ne pouvait guère faire autrement, compte tenu de la fermeté de la jurisprudence qui avait étendu ce bénéfice aux pères. Ce régime mis en place est cependant loin de la simplicité qui résulte de l'interprétation jurisprudentielle. L'article L.351-4 Code séc.soc. (dans sa version issue de la loi du 17 mai 2013, qui intègre le mariage pour tous), prévoit deux majorations. La première, réservée aux femmes, est liée à la grossesse: *« I. -Une majoration de durée d'assurance de quatre trimestres est attribuée aux femmes assurées sociales, pour chacun de leurs*

---

<sup>216</sup> Paris, 4 octobre 2010, n°10/02723.

<sup>217</sup> Grenoble, 09/10/2008, n°08/00061.

enfants, au titre de l'incidence sur leur vie professionnelle de la maternité, notamment de la grossesse et de l'accouchement. ». La seconde est liée à la parenté, et ne peut être cumulée : « II. -Il est institué au bénéfice de l'un ou l'autre des deux parents assurés sociaux une majoration de durée d'assurance de quatre trimestres attribuée pour chaque enfant mineur au titre de son éducation pendant les quatre années suivant sa naissance ou son adoption. ». Le bénéfice de cette deuxième majoration est attribué selon une procédure complexe, qui n'est cependant applicable qu'aux enfants nés ou adoptés après le premier janvier 2010. Pour les enfants nés antérieurement, un article 65-IX de la loi du 24 décembre 2009 prévoit des dispositions transitoires: « les majorations prévues au II et III de l'article L.351-4 du Code de la Sécurité Sociale sont attribuées à la mère sauf si, dans le délai d'un an à compter de la publication de la présente loi, le père de l'enfant apporte la preuve auprès de la Caisse d'assurance vieillesse qu'il a élevé seul l'enfant pendant une ou plusieurs années au cours de ses 4 premières années ou des 4 années suivant son adoption. ».

Cette disposition restrictive a été contestée par un père de quatre enfants dans un litige tranché par la Cour d'appel d'Agen dans un arrêt du 23 novembre 2010<sup>218</sup>. Le père, qui ne remplissait pas les conditions requises, considérait que « l'article L.351-4 I et II du Code de la Sécurité Sociale et l'article 65-IX de la loi du 24 décembre 2009 sont discriminatoires à l'égard des pères, et la Cram Midi-Pyrénées ne fait pas la démonstration de ce que cette discrimination poursuit un but légitime et présenterait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. » Il demandait à se voir reconnaître le bénéfice de la majoration de 32 trimestres d'assurance vieillesse en l'état actuel de la législation. Dans des attendus très argumentés, la Cour lui donne gain de cause, en considérant comme discriminatoires les dispositions intermédiaires: « Attendu toutefois que si la majoration pour enfant instaurée par l'article L 351-4 I du Code de la Sécurité Sociale répond de façon légitime et proportionnée à l'objectif lié à l'incidence de la grossesse et de l'accouchement sur la vie professionnelle des femmes, et n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, tel n'est pas le cas en ce qui concerne le II du même article ; Qu'en effet, pour les enfants nés avant le 1er janvier 2010, le législateur a maintenu l'attribution de 4 trimestres à la mère au titre de l'incidence sur la vie professionnelle de l'éducation des enfants, sauf pour le père à rapporter la preuve dans un certain délai qu'il a élevé seul ses enfants, condition non imposée à la mère ; que le maintien de cette inégalité pour les enfants nés avant le 1er janvier 2010 n'a aucune justification au regard du but poursuivi par le législateur ; Que ces dispositions sont donc discriminatoires au sens de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ». En réalité, le nouveau texte revenait à exclure les pères non pas du nouveau régime, mais bel et bien du cumul des avantages résultant de la jurisprudence antérieure à la réforme. Cet arrêt est unique dans notre corpus, mais on peut attendre d'autres discussions sur les nouveaux textes, toujours susceptibles d'être réévalués au titre de l'égalité.

6) Ces péripéties judiciaires et juridiques ont produit de nombreuses réformes et ont fait couler beaucoup d'encre jurisprudentielle et doctrinale. Il en feront encore couler beaucoup, tant sont grandes les contraintes budgétaires que connaissent aujourd'hui les régimes d'assurance-retraite. Pour notre propos, nous retiendrons de ce contentieux de l'égalité sa dimension paradoxale : des pères revendiquant l'égalité des droits à l'égard des mères, alors que ces droits avaient été conçus pour compenser

---

<sup>218</sup> Agen, 23 novembre 2010, n° 09/01149.

l'infériorité des retraites des mères à l'égard des pères, elles-mêmes liées à des carrières plus courtes. Mais on le sait, ce n'est pas cette lecture que les juridictions communautaires, et la Halde à sa suite, ont fait des avantages de retraite liés aux enfants : il s'agirait de compenser des disparités entre ceux qui sont qui ont des enfants et ceux qui n'en n'ont pas, et non entre pères et mères. A travers ce contentieux en appel, c'est cette logique que l'on retrouve à l'œuvre, bien éloignée du sens donné intuitivement à l'égalité entre hommes et femmes, et surtout, qui laisse sans réponse efficace les handicaps de carrière que connaissent les mères, non pas au titre de la grossesse, mais à celui des charges de famille qui en résultent <sup>219</sup>.

*Une collection de litiges relatifs à l'application d'une convention collective*

1) Cette classe de revendications n'est apparue qu'une seule fois dans notre corpus, dans une série d'arrêts de la Cour d'appel de Nîmes, statuant en termes identiques sur 11 décisions du conseil de prud'hommes d'Alès. En formation de départage (12 novembre 2008), le conseil de prud'hommes avait tranché des litiges concernant l'application jugée « discriminatoire » d'une convention collective<sup>220</sup>. Ce dossier était suffisamment important pour que la Halde, chose rare, ait demandé à être entendue, demande qui lui a été refusée<sup>221</sup>. Nous avons déjà signalé en deuxième partie la singularité de cette série, qui a contribué à augmenter le score de la Cour d'appel de Nîmes en matière prud'homale pour l'année 2009 (près de 12 % des arrêts rendus par cette cour cette année). Nous avons ajouté que cette série est composée en réalité de 27 demandes portant réclamation du bénéfice de congés supplémentaires prévus par une convention collective, concernant la même entreprise, dont une partie est formée par des femmes (16) et l'autre par des hommes (11). La répartition homme/femme selon les motifs s'explique par la rédaction de l'article 51 de la convention collective des industries métallurgiques de l'arrondissement d'Alès, repris par l'article IV-11 de la convention collective Gard et Lozère applicable à compter du 1er novembre 2006. Cet article prévoyait l'octroi aux salariés de congés supplémentaires, au titre de l'assiduité d'une part, et au titre d'enfant à charge, d'autre part, ces derniers congés étant réservés aux mères. Les salariés hommes se sont placés sur les deux terrains lorsqu'ils avaient charge d'enfants. Les femmes ont revendiqué seulement la prime d'assiduité, dont le refus, motivé par le décompte de jours de grève, était jugé discriminatoire. Dans notre étude, nous retiendrons de cette série les seules demandes formées par les pères au titre des congés pour enfant.

2) S'agissant de ce congé supplémentaire dit « parents d'enfants à charge », le Conseil de prud'hommes d'Alès, statuant en formation de départage (12 novembre 2008), avait constaté la nullité de l'article 51 de la convention collective, et condamné l'employeur à accorder au demandeur des jours de congés supplémentaires, sur la période 2002 à 2006. En appel, l'entreprise argue de son droit à pratiquer une discrimination positive à l'égard des femmes, en se fondant sur l'alinéa 2 de l'article 23 de la Charte

---

<sup>219</sup> Pour une réflexion sur les mesures à prendre, v. Annie Junter et Michel Miné, « Le maintien et la refondation de la majoration de durée d'assurance (MDA), octroyée aux femmes », note juridique pour l'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, 17 septembre 2009.

<sup>220</sup> Nîmes, 13 octobre 2009, n°08/03527 et s.

<sup>221</sup> L'audition lui a été refusée par la cour d'appel au motif du principe d'égalité des armes, tiré de l'article 6 de la CESDH. Depuis cet arrêt, un arrêt du 2 juin 2010, (Soc. n° 08-40628, Bull. 2010, V, n° 124), a requalifié la participation de la Halde en simple audition, exclusive de la qualité de partie. Sur ce point, v. E. Serverin, T. Grumbach, « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la chambre sociale du 2 juin 2010: ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », RDT, n° 7, juillet août 2010, 457.

des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et sur l'article 2 paragraphe IV de la directive 76/207 reprise dans la directive 2006/54. Pour l'employeur, « *C'est bien d'une telle discrimination positive dont il s'agit en l'espèce car partant du constat que les jeunes mères de famille étaient placées dans une situation objectivement particulière, le législateur français a souhaité leur accorder deux jours de congés supplémentaires afin de remédier aux difficultés particulières rencontrées par ces dernières dans l'accès à l'emploi.* »

Au terme d'une longue analyse de la finalité des règles, la Cour rejette l'argumentaire de l'employeur, et juge que la disposition est discriminatoire à l'égard des pères : « *attendu que selon les pièces et éléments fournis aux débats, les congés payés supplémentaires tels qu'ils sont alloués dans l'entreprise ne compensent pas directement les désavantages professionnels qui résultent pour les femmes salariées de moins de vingt et un ans de leur éloignement au travail du fait de leur grossesse ; Attendu qu'il ne s'agit pas non plus d'une mesure destinée à protéger la maternité ou à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent concrètement les chances des femmes en matière d'emploi ou de promotion au sein de l'entreprise ; qu'en effet les seuls éléments produits à ce sujet sont des études générales et abstraites sans lien avec l'entreprise exploitée par la société appelante et la population féminine qui y travaille; Attendu qu'enfin les jours de congés supplémentaires accordés, qui constituent un élément de la rémunération, visent seulement à permettre à la jeune salariée de mieux assumer sa présence auprès d'un enfant mineur de quinze ans vivant à son foyer, présence à laquelle l'homme de cet âge, placé dans les mêmes conditions, doit aussi faire face; Attendu qu'ainsi cette mesure ne peut être destinée à remédier à une inégalité de fait entre les hommes et les femmes, car ceux-ci, en leur qualité de père et mère vivent une situation identique sont soumis aux mêmes contraintes et sujétions en ce qui concerne la nécessité de pourvoir à la garde et à l'éducation de leurs enfants ; Attendu que, dans ces conditions, le jugement a décidé, à juste titre, que cette mesure constituait une mesure discriminatoire à l'égard des salariés hommes qui remplissaient toutes les conditions d'obtention de ces jours de congés, sauf le sexe* ». L'argumentaire est de même nature que celui qui a permis aux pères de bénéficier de trimestres supplémentaires pour enfant : il n'existerait pas de lien entre l'accès des femmes à l'emploi et le bénéfice de congés pour enfants. La comparaison s'établit non entre les hommes et les femmes salariées, mais entre les salariés parents ou non parents, les pères étant, du point de vue de la charge des enfants de moins de quinze, *placés sur le même plan que les mères*. Le seul point de divergence avec la décision du CPH est la portée de la reconnaissance du caractère discriminatoire de la mesure, la Cour jugeant que « *il n'y a pas lieu de prononcer une annulation des textes conventionnels en sorte que le jugement doit être réformé* ». Nul besoin en effet d'annuler la disposition, puisqu'il suffit d'écartier son élément discriminatoire, et donc allouer aux pères les jours de congé supplémentaires, pour obtenir l'égalité recherchée.

### ***B : Quand les femmes se comparent aux hommes***

Le deuxième volet de cette étude de l'égalité « genrée » concerne les revendications d'égalité des femmes à l'égard des hommes. Nous l'avons précédemment indiqué, seulement 43 femmes se sont placées sur le terrain spécifique de l'égalité des rémunérations avec des hommes pour réclamer des salaires et/ou des dommages-intérêts. Cela ne signifie nullement que les femmes sont absentes du terrain de l'égalité en

général, qu'il s'agisse du travail égal, ou de l'égalité de traitement. En effet, dans le corpus des 1538 arrêts, elles sont 236 à avoir invoqué l'un ou l'autre des motifs d'égalité (174 pour « égalité de traitement », et 62 pour « travail égal »). Dans ces affaires, elles se sont placées sur un de ces deux terrains, soit en se comparant à un groupe de salariés hommes et femmes, soit en se comparant à une femme, soit même en se comparant à d'autres salariés de sexe masculin, mais sans faire référence au sexe. Dans ces cas où les comparaisons sont faites exclusivement avec un homme<sup>222</sup>, il y a clairement de la part des demanderesse un *choix* de se placer sur le terrain d'une égalité « non genrée ».

Pour mettre en évidence les motifs de ces choix, il serait nécessaire de disposer d'autres données d'enquête, notamment en interrogeant des avocats sur leurs stratégies d'action. En nous en tenant à l'état du droit, on peut seulement dire que rien n'oblige une salariée qui se compare à un ou plusieurs salarié (s) à se placer sur le terrain de l'égalité salariale « femme-homme, et qu'elle peut invoquer le principe autonome « à travail égal salaire égal ». On peut seulement faire l'hypothèse que ce fondement, qui s'applique sans considération de sexe, a eu un *effet d'éviction* des fondements genrés, plus difficiles à prouver et/ou à assumer.

Dans ce contexte de rareté, il est d'autant plus intéressant d'étudier les caractéristiques des quelques demanderesse qui se sont placées sur ce terrain. Les histoires racontées par les arrêts sont nettement moins idylliques que celles des pères réclamant les avantages des mères. Pour la présentation de ces cas, nous partirons d'une partition « naturelle » du fichier en trois groupes selon le critère de l'ampleur du litige, en distinguant les litiges où l'égalité genrée des femmes est à la fois individuelle et principale (12 arrêts), à la fois individuelle et accessoire (18), et collective (13).

#### *L'action genrée individuelle principale : un répertoire de cas particuliers*

Chacun des douze cas correspondant à cette situation pourrait être présenté sous forme d'histoires de vie, tant les entreprises et les situations varient. Cependant, les femmes qui appartiennent à ce sous-ensemble se caractérisent par un niveau d'emploi assez élevé (5 cadres, 1 profession libérale exercée sous le statut de salarié, 3 techniciennes, 1 employée de commerce, et 1 profession intermédiaire). Elles obtiennent gain de cause dans un cas sur deux, pour des montants de dommages-intérêts très variés, allant de 2500 euros à 54536 euros.

Pour illustrer cette série, nous retiendrons les cas extrêmes de deux d'entre elles, l'une cadre financière d'assurance, l'autre technicienne dans une entreprise d'armement.

1) Le premier arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 novembre 2008, rendu sur renvoi après cassation (arrêt du 11 juillet 2007), engage un débat rare dans notre corpus, sur ce qu'il convient d'entendre par *un*

---

<sup>222</sup> On peut prendre l'exemple de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 19 octobre 2009 (n°08/11870), concernant une femme médecin du travail, qui se place sur le terrain du « travail égal », pour comparer son salaire à celui d'un médecin homme recruté postérieurement à un salaire supérieur. La cour lui donne gain de cause : « l'association AMETRA O6 ne justifie d'aucun motif objectif, logique et cohérent permettant de constater qu'il y aurait une adaptation mathématique du salaire en relation directe avec une pénurie de candidats ni que les différences de salaire constatées, à géométrie variable, fluctuantes dans le temps et manquant de proportionnalité aient pour explication la pénurie de candidats et la nécessité de les attirer par des rémunérations sans cesse plus attractives ». Dans cette affaire, c'est la politique de l'association qui était remise en cause sur les nouveaux recrutements, et non la différence de traitement femme-homme.

*travail de valeur égale*<sup>223</sup>. Une salariée, responsable des affaires juridiques, des services généraux et de la gestion du personnel depuis 1991 dans une entreprise d'assurance, avait vu son contrat transféré à la société ABI (Assurances Brokers International) par avenant du 27 juin 2001. Selon le même avenant, elle était nommée « responsable des ressources humaines, du juridique et des services généraux », rattachée directement au président de la société, et désignée membre du comité de direction. La salariée était licenciée le 17 mai 2002 au motif de manquements dans la gestion des ressources humaines relevés dans un rapport d'audit. Elle contestait le motif et demandait des rappels de salaires sur un principe travail égal « genré ». En 2006, elle obtenait gain de cause devant le première cour d'appel<sup>224</sup>. En se fondant sur le principe à travail égal, salaire égal, la Cour constatait « *qu'au sein du comité de direction dont Mme B. était membre, seuls les hommes avaient le titre de « directeur » et percevaient des rémunérations en conséquence, alors que Mme B. au vu des multiples fonctions qui étaient les siennes et des responsabilités qui en découlaient aurait dû se voir attribuer le même titre et percevoir une rémunération correspondante.* ». La Cour décidait que la rémunération de Mme B. aurait dû être équivalente, à compter du 27 juin 2001, à celle du directeur commercial dont l'ancienneté était quasiment similaire à la sienne. La Cour de cassation annulait pour partie l'arrêt en ce qu'il a condamné l'employeur à verser le rappel de salaire au motif que « *en se déterminant ainsi, sans se livrer à une analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités de la demanderesse avec celle des autres membres du comité de direction, et sans rechercher, comme il lui était demandé, si les fonctions respectivement exercées par les uns et les autres étaient de valeur égale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

La Cour d'appel saisie sur renvoi se donne donc pour mission de « *procéder, à partir des éléments fournis par l'employeur, à une analyse comparative de la situation, des fonctions et des responsabilités de ces différents cadres de l'entreprise pour établir si les fonctions respectivement exercées par les uns et les autres étaient de valeur égale.* » Au terme d'une analyse détaillée des fonctions, elle conclut que « *l'employeur ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, de ce que, dans la configuration issue du rapprochement des deux entreprises, le service de Mme B. étant devenu, par avenant du 1er avril 2001, beaucoup plus important que précédemment, des éléments objectifs justifiaient l'importante différence constatée entre le salaire de Mme B. et ceux de ses collègues masculins.* » La cour fixait en conséquence le rappel de salaire dû à Mme B., préavis compris à la somme de 54.536 euros. Il n'est pas besoin de le souligner, ce genre de procès est exceptionnel, et la difficulté de la preuve extrême, comme en atteste la longueur de la chaîne contentieuse.

Cet arbre de l'action individuelle des femmes ne doit pas cacher l'absence de forêt en arrière plan. En effet, les femmes cadres de haut niveau sont trop rares pour qu'on puisse inférer de ce cas une efficacité de l'arsenal juridique. Ici comme ailleurs, les armes ne sont utilisées que par quelques un(e)s, qui sont en pleine capacité de défendre leurs intérêts.

2) L'affaire que nous avons placée en contre point a été tranchée par la Cour d'appel d'Orléans le 18 septembre 2008<sup>225</sup>, et concernait une salariée d'une entreprise d'armements dont l'évolution de métier avait été exemplaire. Engagée comme ouvrière spécialisée en 1980, elle travaillait ensuite au service

---

<sup>223</sup> Paris, 6 novembre 2008, n° 07/05190.

<sup>224</sup> Paris, 31 janvier 2006, 22ème chambre B.

<sup>225</sup> Orléans, 18 septembre 2008, n° 07/03256.

comptabilité de 1981 à 1997, puis intégrait le service reprographie en juin 1997, pour devenir « employée reprographie et documentation normative. » Alors qu'elle est en fin de carrière, elle réclame en appel à son employeur à la fois des dommages-intérêts d'un montant de 29.585 euros « pour discrimination, non reconnaissance de sa qualification, évolution de carrière défavorable, formations professionnelles insuffisantes et perte de salaire » et « l'attribution du coefficient 305 de la convention collective de la Métallurgie de la région parisienne au 1er janvier 2006 », avec rappels de salaires ». Pour fonder ses demandes, elle se place résolument sur le terrain des rapports femme-homme : « Elle s'estime discriminée au niveau de son salaire, compte tenu de ses bonnes appréciations, des formations dont elle n'a pas bénéficié, et du fait qu'elle est une femme ; elle prend l'exemple de Monsieur S., qui a une ancienneté équivalente et des responsabilités moindres, et s'interroge sur la stagnation de sa carrière (10 ans au coefficient 240, 5 ans au 255). » La Cour se livre d'abord à une comparaison minutieuse des fonctions du salarié de référence, avant de conclure « Les fonctions de maîtrise qui avaient été les siennes depuis près de dix ans constituaient un élément objectif justifiant la différence de traitement avec Madame H. à compter de 2004. ». Sur la discrimination salariale, la Cour procède à une comparaison avec trois autres salariés : « Dans le service reprographie, en 2004, seul Monsieur S. avait un salaire supérieur à celui de Madame H, ce qui était normal en raison de son coefficient plus élevé. Deux collègues qui avaient une ancienneté supérieure et le même coefficient (255) avaient un salaire de base inférieur (1.574 euros alors que Madame H. avait 1.652 euros). » Jugeant que Madame H. se situe dans la moyenne de son coefficient, la Cour considère que la « preuve d'une discrimination hommes-femmes au niveau des salaires n'est pas rapportée. ». Une inégalité n'est retenue qu'en matière de formation, « qui ne s'explique par aucun élément objectif [et] a causé à Madame H. un préjudice matériel et moral qui sera évalué à 2.500 euros ». Certes, la salariée n'est pas totalement perdante.....mais pour quel montant ! Dans la procédure, la salariée était assistée par une déléguée syndicale, ce qui atteste de l'exemplarité qui était attendue de ce cas. Le moins qu'on puisse dire est que le résultat n'a pas été à la hauteur de leurs attentes.

#### *L'action genrée accessoire : des réclamations contingentes*

Les 18 arrêts qui traitent de demandes accessoires sont encore plus conjoncturels. Par rapport au groupe précédent, ce groupe comporte beaucoup moins de cadres (7), et connaît un sort encore moins favorable (14 rejets sur 18). Là encore, nous sommes en présence d'une collection de cas particuliers. Pour illustrer cette classe, nous retiendrons deux arrêts, l'un concernant une salariée qui a obtenu gain de cause, l'autre une salariée dont la demande a été rejetée.

1) Le premier arrêt, rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 20 novembre 2008, concernait une salariée vendeuse depuis 8 ans dans une entreprise de vente de meubles, qui demandait à titre principal la nullité du licenciement prononcé pour inaptitude, et à titre accessoire, des rappels de salaires pour discrimination à l'égard d'un collègue masculin<sup>226</sup>. La demanderesse estimait que l'employeur a méconnu le principe d'égalité en rémunérant M. D, recruté en 2000 au même coefficient qu'elle et occupant les mêmes fonctions, à un niveau très supérieur. Elle soutient, en outre, que le système de commission entre les deux salariés a été revu à son détriment. La Cour procède à une comparaison des tâches, en se fondant

---

<sup>226</sup> Bordeaux, 20 novembre 2008, n° 08/1865.

sur l'article L 140-2 devenu l'article L 3221-2 du code du travail et sur l'article 3221-4. Après examen des fonctions, la Cour constate que : « *Monsieur D. a été recruté comme vendeur au coefficient 150 au même niveau que Mme L. ; que- le contrat de travail de Monsieur D. ne prévoit pas de tâches spécifiques que Mme L. ne faisait déjà pas lorsqu'elle était l'unique vendeuse - que, à l'arrivée de Monsieur D. le système de commissionnement sur les ventes a été modifié au détriment de Mme L. sans justification objective* ». La Cour conclut que « *c'est donc à juste titre que les premiers juges ont retenu, par des motifs que la cour adopte, que Mme L. a fait l'objet d'une discrimination justifiant un rappel de salaires.* »

Sur le principal, la salariée obtient la nullité de son licenciement et 11000 euros de DI de ce chef. L'indemnité obtenue au titre de l'égalité de rémunération reste au niveau où les premiers juges l'avaient fixée, soit 11.641,41€.

2) Le deuxième arrêt, rendu par la Cour d'appel de Colmar le 11 septembre 2007, portait à titre principal sur la contestation par une femme de ménage du bien fondé de son licenciement pour faute grave, et très accessoirement sur des demandes de DI au titre de la « discrimination salariale »<sup>227</sup>. La salariée faisait grief à l'employeur de lui avoir alloué un salaire inférieur à celui d'autres chefs d'équipe alors qu'elle appartient à la même catégorie d'emploi (chef d'équipe) se trouve au même indice (15) et au même niveau (MP1). Elle bénéficiait en dernier lieu d'un salaire mensuel brut de 1.696,76 euros, alors que les autres chefs d'équipe bénéficiaient d'un salaire mensuel brut de 1.819,13 soit une différence de 125 euros. Sur le principal, la salariée ne gagne que partiellement, la Cour jugeant que si le licenciement n'est pas fondé sur une faute grave, du moins il repose sur une cause réelle et sérieuse. Mais elle est totalement déboutée sur la discrimination salariale, au terme d'une comparaison qui fait la part belle aux stéréotypes de genre . La Cour commence par rappeler les dispositions de l'article L140-2 du code du travail et de la jurisprudence, pour énoncer que « *tout employeur est tenu d'assurer pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, pour autant que les salariés en cause soient placés dans une situation identique.* ». Elle se livre ensuite à l'examen des salaires et des postes de chacun des hommes en mettant l'accent sur la différence d'expérience et de responsabilité : « *En l'espèce, s'il est exact que Mme H. perçoit un salaire inférieur (1.696,76 euros) à celui d'autres chefs d'équipe (1.819,13 euros) cette différence est justifiée par le fait que ces chefs d'équipe ont, soit des diplômes que ne possède pas Mme H., soit une expérience et des responsabilités différentes. Ainsi, M. C. a un niveau BTS et un BTA horticole. M. A. a été chef d'équipe en Pologne avec 40 personnes sous sa responsabilité. M. N. a une longue expérience professionnelle. Monsieur A a été responsable d'une sous direction des Eaux et Forêts en Afrique du Nord. M. G. a une longue expérience de chef d'équipe en menuiserie et a un CAP de menuiserie. Ces chefs d'équipe perçoivent un salaire supérieur en raison tant de leur expérience professionnelle, de leur ancienneté, que de leur diplômes. Les tâches qui leur sont dévolues sont plus larges de même que leurs responsabilités. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'employeur établit que la différence de salaire entre Mme H. et d'autres chefs d'équipe est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en particulier fondée sur le sexe* ».

---

<sup>227</sup> Colmar, 11 septembre 2007, n° 06/00161.

Ce long déroulé des comparaisons des compétences passées et des diplômes (dont le rapport avec l'emploi n'est pas évident) ne répond pas cependant à la question principale, qui est de justifier des différences salariales alors que la salariée occupait la même catégorie d'emploi (chef d'équipe) avec le même indice (15) et le même niveau (MP1) que les hommes. L'argumentaire sur l'expérience peine à convaincre. Si l'expérience antérieure des salariées jouait un rôle si important dans la définition de l'emploi, elle aurait dû justifier un recrutement des hommes à un niveau supérieur. A la considérer de plus près, la litanie des expériences semble surtout vouloir traduire l'idée que les hommes disposent d'une meilleure aptitude au commandement que les femmes !

*L'action genrée collective : l'union ne fait pas toujours la force*

Dans treize arrêts, les actions entreprises par les femmes au titre de l'égalité l'ont été dans un cadre collectif, c'est-à-dire formées par une série de salariées dans la même entreprise et pour les mêmes motifs. Cet effectif est formé de deux séries de cinq arrêts chacune, en provenance de Grenoble et de Paris<sup>228</sup>, et de trois arrêts isolés, de Nancy et Rennes, mais comportant plusieurs demanderesses<sup>229</sup>. Au total, ce sont donc 23 salariées qui ont formé des demandes collectives. Dans le détail, ces affaires ont peu de caractéristiques communes, à part le fait d'avoir été formées collectivement.

1) La série de Grenoble concerne cinq salariées éducatrices, qui forment contre l'association qui les emploie une demande de requalification de CDD en CDI, suivie d'une demande de résiliation judiciaire et de dommages intérêts pour harcèlement moral. La demande relative à la discrimination homme /femme n'est formée qu'en cause d'appel, chacune des salariées femme se comparant à deux salariés- homme. Si les demanderesses ont gain de cause au principal, elles sont déboutées au titre de ce que la cour d'appel dénomme « *la discrimination salariale homme-femme* ». Les motivations se résument à quelques lignes, consistant à dire que les salariés n'étaient pas embauchés avec les mêmes indices et les mêmes emplois.

2) Les salariées de la série de Paris ont eu plus de chance. Ces cinq techniciennes de laboratoire ont intenté devant le CPH de Créteil une action en dommages-intérêts pour « *inégalités de traitement et discriminations dans le mode de rémunération* ». Les salariées seront licenciées pour motif économique après la décision du CPH, mais ne contestent pas la rupture. Chacune d'entre se compare au même salarié : « *comme ses quatre collègues ayant saisi le conseil de prud'hommes en même temps qu'elle, bien qu'effectuant les mêmes tâches qu'un autre salarié, M. de G., elle n'a pas été embauchée au même niveau de salaire, ce qui constitue une inégalité de traitement ou une discrimination en raison du sexe prohibée* ». Le CPH constate une « *disparité de traitement* », et condamne la société à payer des rappels de salaires pour discrimination selon le sexe par rapport à un collègue masculin, à la fois en ce qui concerne le niveau de salaire et le mode de rémunération. En appel, et bien que la demande soit explicitement fondée sur la discrimination « *selon le sexe* », la Cour se place à la fois sur le fondement du principe « *à travail égal* » et sur l'article L. 1132-1 du code du travail pour comparer successivement les salaires, et le mode de rémunération, à celui du salarié « *de référence* ». Sur le premier point, après avoir établi un tableau comparatif détaillé, les rémunérations, le contrat, et les dates d'embauche des cinq salariées et du salarié,

---

<sup>228</sup> Grenoble, 4 novembre 2009, n° 08/04783 et s. ; Paris, 7 septembre/2010, n°s 08/11043 et s..

<sup>229</sup> Nancy, 13 octobre 2007, n° 06/02879, deux salariées ; Rennes, 5 novembre 2009, huit salariées, n° 08/05516, Rennes, 21 septembre 2010, n° 08/08684, trois salariées.

la cour conclut que « *la différence constatée entre la salariée intimée et le salarié de référence est justifiée par des éléments objectifs, pertinents, matériellement vérifiables et étrangers à toute discrimination* », et réforme la décision du CPH. En revanche, sur le mode de calcul de la rémunération, la Cour retient la discrimination.

En effet, les salariées étaient les seules dans l'entreprise, en dehors des cadres, à être rémunérées sur 12 mois et non sur 13,5 mois par an, « ce qui constituait, selon elles, une inégalité de traitement ou une discrimination en raison du sexe prohibée ». La Cour retient le motif discriminatoire, « *faute d'explication sur le contenu des chiffres indiqués, les documents, spécialement les documents relatifs aux négociations annuelles obligatoires, versés aux débats ne permettent pas d'effectuer une comparaison utile et, partant, de vérifier qu'en étant payée sur douze mois, la salariée percevait néanmoins une rémunération se situant dans l'amplitude de celles perçues par le personnel agent de maîtrise.* ». Si on peut considérer que les salariées ont eu, au moins partiellement, gain de cause sur la discrimination (les indemnités s'échelonnaient de 6233 euros à 13242 euros), le fondement retenu apparaît finalement très composite, mélange de motifs sur le « travail égal », la discrimination selon le sexe, et l'égalité de traitement.

3) Une même combinaison se retrouve dans l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 21 septembre 2010, dans lequel 3 salariées d'une URSSAF estiment « *avoir été victimes de la violation du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes et plus généralement de la méconnaissance par l'employeur du principe à travail, salaire égal* », et réclament de ce chef chacune une indemnité de 15.000 euros. Au soutien de cette discrimination, elles font valoir « *qu'elles ont remplacé deux hommes accomplissant les mêmes tâches qu'elles avec le niveau 5 A qui leur est refusé, voire pour l'un d'eux le niveau 5 B* ». La Cour retient la discrimination « *en raison de la différence de niveau de classification avec des salariés dont l'identité des tâches les plaçaient au même niveau qu'elles* », situation que l'URSSAF ne justifie pas. Elle alloue des rappels de salaires et un préjudice moral de 5000 euros. Là encore, on constate que l'identification du motif est flottante, alors que les faits de l'espèce laissaient apparaître clairement une inégalité de rémunération femme-homme.

4) La même Cour a été confrontée à des revendications « genrées » à plusieurs niveaux dans son arrêt du 5 novembre 2009, concernant trois salariées travaillant dans un chantier naval, licenciées pour motif économique le même jour (avec cinq autres salariées non parties à la procédure). Les salariées se placent sur le terrain de la discrimination seulement en cause d'appel, d'une part pour demander la nullité du licenciement et d'autre part pour demander des rappels de salaires. S'agissant du licenciement, les salariées font valoir que « *en licenciant huit femmes le même jour, la société SMCN a pratiqué une discrimination fondée sur le sexe des salariés, contrevenant de la sorte aux dispositions de l'article L.122-45, devenu L.1132-1 du Code du travail* ». Les salariées invoquaient par ailleurs une inégalité de traitement, « *le salaire moyen des femmes était, pour l'exercice de tâches identiques, inférieur au salaire moyen des hommes,- leur salaire était en tout cas inférieur à celui de certains de leurs collègues masculins* ». Dans leurs deux volets, les griefs étaient donc sans ambiguïté fondés sur des rapports femmes-hommes. Le premier grief est rejeté par la Cour d'appel : « *En l'espèce, les appelantes se contentent de faire valoir que huit salariées ont été licenciées le même jour, ce qui ne peut suffire à laisser supposer l'existence d'une discrimination dès lors que la proportion de femmes dans la catégorie d'emploi considérée n'est pas précisée ; Qu'il ressort au contraire des comptes rendus des réunions du Comité d'entreprise que les postes de monteuses petites tuyauterie étaient occupés exclusivement par des femmes ;*

que les licenciements portant uniquement sur ces emplois, ils ne pouvaient concerner que le personnel féminin ». Au titre de « l'inégalité de traitement », la cour examine les grilles salariales différentes pour les métiers d'hommes et de femme, et le principe « travail égal », en raison d'une rémunération des femmes inférieure à celui des hommes, sans retenir ni l'un ni l'autre des griefs. Si les salariées obtiennent finalement des dommages intérêts pour défaut de cause économique réelle et sérieuse, elles n'ont pu se faire entendre sur la différence des grilles salariales pour des tâches identiques, alors qu'on pouvait discuter de la valeur égale des travaux masculins et féminins.

5) Dans le dernier arrêt du sous-groupe, (Nancy, 13 octobre 2007), l'inégalité homme-femme apparaît furtivement, à l'occasion d'un litige de grande ampleur concernant 64 salariés des transports urbains de Nancy, qui réclamaient la compensation du temps nécessaire à l'habillage et au déshabillage. Parmi ces salariés, deux femmes conducteurs-receveurs se sont vu refuser la prime au motif que, selon la société C. Nancy, « elles n'étaient pas tenues de revêtir de tenue réglementaire jusqu'en 2005 ». La Cour rejette l'argument de l'employeur, faute de preuve, et le condamne, sans cependant reprendre le grief de discrimination figurant parmi les prétentions des salariées : « la société C. Nancy ne justifie d'aucune disposition n'ayant rendu obligatoire le port de la tenue réglementaire en ce qui les concerne qu'à dater de 2005, alors que le règlement intérieur n'a opéré aucune distinction entre les hommes et les femmes. Elles bénéficieront comme les salariés hommes de la contrepartie ci-dessus allouée sur la même période. ». Ce motif implique, sans que ce soit clairement précisé, que le règlement intérieur ne saurait comporter de discrimination au regard de la tenue, ni dans son caractère obligatoire, ni dans l'octroi d'une prime de compensation.

Au terme de ce parcours de l'égalité femme-homme, il apparaît que si les pères sont parvenus à faire entendre leurs revendications d'égalité, les salariées peinent à faire reconnaître les inégalités salariales avec les hommes et à obtenir des compensations. Le décalage est grand entre le déploiement de textes et d'actions et la formation judiciaire de revendications d'égalité « genrée ». Cela ne veut pas dire que les femmes n'ont pas de revendication à porter sur le terrain de l'égalité salariale. La préférence pour l'égalité « non genrée » dénote seulement une forme de répugnance des salariées à se dire discriminées par rapport à leurs collègues masculins, peut-être pour ne pas apparaître comme les victimes d'un rapport de domination sexuée. Quoi qu'il en soit des motifs de cet évitement, on doit conclure que ce n'est pas *par la voie contentieuse individuelle* que pourra se mener la lutte pour le rapprochement des conditions de rémunération.

La question de l'action se pose de manière sensiblement différente pour les autres manifestations de discrimination « genrées ». En effet la liste de ces motifs se construit autour de traits qui renvoient ou à des situations propres à un sexe, ou à des stéréotypes de genre : la grossesse, la maternité, le sexe (qui sous-entend principalement le sexe féminin), la situation de famille (là encore avec une connotation féminine), et l'orientation sexuelle (qui sous-entend les rapports entre personnes de même sexe). Les récits de discrimination que retracent ces arrêts donnent accès à des *représentations du genre*, liées à des situations particulières, sans engager une comparaison avec les autres salariés.

## Section 2 : Récits de discriminations genrées

Pour coder les arrêts dans les motifs de discrimination genrés, nous nous sommes systématiquement référés à la demande du salarié telle qu'elle apparaît dans l'arrêt, sans « forcer » la qualification. Tous motifs regroupés, les contentieux étudiés ici forment un corpus extrêmement réduit de 76 arrêts, où l'action est intentée dans la très grande majorité des cas par des femmes (67 cas sur 76), dont la moitié au titre de la grossesse<sup>230</sup>. En se référant au tableau général<sup>231</sup>, on constate que la place de la discrimination dans le litige est presque toujours accessoire (71 affaires sur 76), et que dans 24 cas, le motif de discrimination constitue un moyen au soutien d'une demande principale, souvent relative à une demande de dommages intérêts pour licenciement illégitime. L'issue du litige est presque toujours défavorable aux salariés (qui gagnent seulement dans 14 cas). Les salariés n'ont quasiment jamais de mandat, et ont la plupart du temps déjà quitté l'entreprise, le plus souvent par un licenciement personnel (23 cas) ou économique (8 cas), trois salariés seulement étant encore en poste au moment de l'arrêt. Le profil général de ces affaires est donc plutôt celui de salariés modestes, dont l'action en matière de discrimination est marginale et peu étayée.

Ce que l'on peut dire, c'est qu'en matière de discrimination, il existe plusieurs sentiers contentieux, qui ne se valent pas. Certains semblent bien mieux accueillis par les juges que d'autres. Certains sentiers sont escarpés, d'autres plus confortables à emprunter. Nous allons parcourir ces sentiers motif par motif, de l'état de grossesse (A), à l'orientation sexuelle (B), en passant par la situation de famille (C), la maternité (D), le sexe (D), pour finir par les discriminations multiples qui comportent une dimension de genre (E.)

### ***A : Discriminations liées à l'état de grossesse : une protection à extension limitée***

Ce type de discrimination est le plus évidemment sexué de ce sous-groupe, et les textes du code du travail sont nombreux qui identifient et interdisent les décisions prises en considération de ce motif:

- l'art. L.1132-1 C. trav. pose un principe général d'interdiction de cette discrimination tout au long du contrat de travail, de l'embauche à la rupture ;
- l'art. L.1142-1 2° C. trav. détaille les événements « à risque » pour la salariée. Il interdit de « *refuser d'embaucher une personne, prononcer sa mutation résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse* » ;
- l'art. L.1225-1 C. trav. englobe la protection de la grossesse et de la maternité. Il précise que la grossesse ne peut être « prise en considération » par un employeur lors d'une rupture en période d'essai.

---

<sup>230</sup> V. supra figure 30.

<sup>231</sup> V. supra figure 17.

- l'art. L.1225-4 C. trav. précise la durée de la protection contre les licenciements d'une salariée enceinte : dès qu'elle présente un « état de grossesse médicalement constaté », pendant le congé de maternité, et quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes. L'article précise cependant qu'un licenciement pour faute grave demeure possible, de même qu'un licenciement lié à l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement.

A cela, il faut ajouter que, la grossesse figure dans l'énumération de l'art. 225-1, al.1 C. pénal comme discrimination réprimée pénalement.

A la différence d'autres discriminations, la grossesse vise une situation, un état médical, et une période bien précise dans la vie de la salariée. Les contentieux types s'alignent donc sur certains « moments » à risque de la relation salariale, en épousant le contour des textes. On peut identifier ainsi quatre groupes de contentieux :

- Contentieux liés à l'embauche d'une femme en état de grossesse,
- Contentieux liés à l'exécution et l'évolution du contrat de travail pendant la grossesse,
- Contentieux liés au licenciement d'une femme au cours, ou en-dehors de la période protégée,
- Contentieux liés à la rupture en période d'essai pendant la grossesse.

Dans nos affaires, l'immense majorité des contentieux porte sur la contestation d'un licenciement.

### *Discrimination à l'embauche liée à la grossesse : une preuve bien difficile*

Deux procès seulement correspondent à cette situation, tous deux perdus par les salariées.

1) Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 septembre 2008, une salariée avait été pré-recrutée alors qu'elle était enceinte, mais l'employeur avait attendu la fin de sa grossesse pour débiter le contrat. A l'occasion de sa rupture de contrat (elle avait été licenciée pour faute), la salariée demandait que sa date d'embauche effective soit avancée de 9 mois. La Cour d'appel rejette la demande, faute pour la salariée d'apporter la preuve que l'employeur avait sciemment retardé la date d'embauche pour cause de grossesse<sup>232</sup>. Cet exemple montre la difficulté pour une salariée de faire la preuve que sa grossesse a eu une influence sur la décision de l'entreprise. Du reste, dans ce cas, ce motif n'a pas été l'objet principal du litige. Et nous ne disposons d'aucun exemple d'action exercée par une femme enceinte qui aurait fait l'objet d'un refus d'embauche pour ce motif.

2) Dans un autre litige, une salariée demande à titre principal la requalification d'un CDD en CDI, et à titre très accessoire, l'octroi de dommages et intérêts pour préjudice moral en raison d'une discrimination à l'embauche<sup>233</sup>. L'employeur aurait en effet annoncé en public ne pas souhaiter conserver la salariée pendant sa période de grossesse, et faire ainsi terminer le CDD avant le début des congés liés à la maternité. Si le contrat est bien requalifié en CDI, l'arrêt rejette toutes les demandes fondées sur l'état de grossesse.

---

<sup>232</sup> Paris, 4 septembre 2008, n°05/08241 : « Aucun élément probant ne permet d'établir que l'entreprise a effectivement différé la prise de fonction de l'intéressée. En effet (...) il ressort des éléments de la cause qu'aucune date ferme de prise d'effet du contrat de travail et donc d'entrée en fonction, n'avait été fixée par les parties, que ce soit dans le contrat de travail lui-même ou dans tout autre document probant ».

<sup>233</sup> Orléans, 17 Septembre 2009, n° 09/00079. L'argument relatif à l'état de grossesse n'intervient pas dans la demande en requalification.

*Rupture en période d'essai liée à la grossesse : ou du danger de ne pas déclarer sa grossesse*

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 septembre 2009, est le seul à présenter cette configuration<sup>234</sup>. Dans cette affaire, la salariée estimait que la prolongation de la période d'essai, puis la rupture du contrat au cours de cette période, avaient été en réalité motivées par l'état de grossesse. La Cour déboute la salariée de ses demandes, au motif que : *«Madame X. n'a pas notifié sa grossesse à son employeur. Elle ne démontre aucunement qu'elle l'a averti verbalement ni que son aspect physique manifestait à l'évidence son état et elle ne peut inférer de la mention du service maternité sur le certificat de séjour de l'hôpital franco-britannique que la S.A.S. F. était censée connaître la raison de son hospitalisation, d'autant plus que l'arrêt maladie qui a suivi, émanant d'un praticien du même hôpital, précise qu'il est sans rapport avec un état pathologique résultant de la grossesse. Ayant été tenu dans l'ignorance de la grossesse, l'employeur ne peut avoir enfreint les dispositions de l'article L. 122-25 (devenu L.1225-1) du code du travail.»*

La motivation est révélatrice des effets paradoxaux de certaines règles. En effet, comme on le sait<sup>235</sup>, une salariée n'est pas tenue de déclarer sa grossesse lors de la procédure de recrutement<sup>236</sup>, ni à aucun autre stade de son emploi<sup>237</sup>. Mais ce « droit au silence » a son revers : si la salariée ne prévient pas expressément l'employeur de sa grossesse, c'est à elle de prouver que ce dernier en était informé, ce qui est extrêmement difficile à établir, la rupture au cours de la période d'essai n'ayant pas à être motivée. On va voir que cet effet pervers se rencontre dans nombre d'arrêts relevant de ce motif.

*La nullité du licenciement de la salariée en état de grossesse, une arme trop fatale ?*

On le sait, le licenciement d'une salariée en raison de sa grossesse est nul. Dans plusieurs espèces, des salariées ont tenté d'établir le lien de causalité, soit dès la première instance, soit en cause d'appel, et demandé la nullité du licenciement pour ce motif. Mais ces tentatives sont rarement couronnées de succès : la discrimination n'a été retenue que dans 6 arrêts sur 29. L'analyse des arrêts montre que les faits doivent être particulièrement évidents pour que la salariée obtienne la nullité.

1) Dans certains cas, non seulement le licenciement n'est pas annulé, mais les motifs du licenciement peuvent être jugés comme réels et sérieux. C'est le cas de l'arrêt de la Cour d'appel de Pau du 22 novembre 2012<sup>238</sup>. La salariée, licenciée pour faute grave pendant sa grossesse, demandait la nullité du licenciement. La Cour s'efforce de montrer que l'état de grossesse n'a aucun lien avec ces fautes, et qu'en tout état de cause, la grossesse n'est pas une excuse : *« il n'est pas établi qu'au cours de ses trois premiers mois de grossesse la salariée ait connu des difficultés particulières liées à son état. Or malgré les désagréments que peut entraîner un début de grossesse, cet état ne prive pas la future mère d'une faculté d'attention moyenne qui lui aurait permis d'éviter ces erreurs. Son état ne peut donc être retenu comme*

<sup>234</sup> Paris, 17 septembre 2009, n° 07/07675.

<sup>235</sup> Sur cette jurisprudence, v. le rapport « Pregnancy discrimination », préc, p. 13.

<sup>236</sup> Affaire C-32/93 Webb c. EMO Air Cargo, Recueil 1994, p. I-3567.

<sup>237</sup> Affaire C-320/01 Wiebke Busch c. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG, Recueil 2003, p. I-2041.

<sup>238</sup> Pau, 22 novembre 2012, n°09/00717.

*atténuant ou justifiant les fautes commises. La preuve n'est pas davantage rapportée du caractère discriminatoire du licenciement de Mademoiselle X., en raison de son état de grossesse alors que les fautes énoncées dans la lettre de licenciement sont établies et qu'il est retenu qu'elles justifiaient une rupture immédiate du contrat. »* La faute grave est retenue et le licenciement déclaré pourvu d'une cause réelle et sérieuse.

2) Dans d'autres cas, de loin les plus fréquents, la salariée ne peut prouver le caractère discriminatoire du licenciement, mais celui-ci sera quand même déclaré sans cause réelle et sérieuse pour d'autres motifs<sup>239</sup>. C'est le cas notamment de l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 18 octobre 2007. La Cour souligne que la salariée ne pouvait prouver qu'au moment du licenciement l'employeur connaissait l'état de grossesse : *« Attendu qu'en l'espèce, Madame X. ne démontre pas avoir informé oralement son employeur le 14 janvier 2004 de son état de grossesse, qu'elle ne produit aucune pièce à l'appui de cette affirmation, qu'en revanche, elle ne conteste pas avoir communiqué cette information le 1er mars 2004, que force est de constater, qu'à cette date, la procédure de licenciement était engagée, puisque le 28 février 2004, lui a été notifiée la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement, ainsi qu'il ressort de l'avis de réception versé aux débats, qu'en conséquence, elle est mal fondée à prétendre que le congédiement a été causé par la connaissance par la SARL A. de son état de grossesse »*. La Cour rejette la demande de nullité du licenciement, mais considère que la faute reprochée, consistant pour la salariée à avoir quitté son poste de travail pour des raisons médicales en produisant un certificat médical établi à cette date, n'est pas établie ».

3) La salariée licenciée en état de grossesse ne peut convaincre les juges du motif discriminatoire, et obtenir la nullité de la rupture, que si l'état de grossesse est connu. C'est le cas de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 septembre 2007<sup>240</sup>. La Cour déclare le licenciement nul au regard de la lettre de licenciement *« qui fait état d'une suppression de poste liée à un motif économique qu'elle ne mentionne pas l'impossibilité de maintenir le contrat de travail ; que cette lettre ne mentionnant pas l'un des motifs exigés par l'article L.122-25-2 du Code du Travail étant précisé qu'il est établi et non contesté que l'employeur avait connaissance de l'état de grossesse médicalement constatée avant le prononcé du licenciement il en résulte que le licenciement n'est pas suffisamment motivé ce qui entraîne sa nullité »*.. La salariée n'ayant pas demandé sa réintégration, la cour lui octroie des dommages et intérêts couvrant l'intégralité du préjudice, et d'un montant au moins égal à l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. En l'espèce, le juge a octroyé une indemnité très légèrement supérieure à six mois de salaires bruts, donc très proche d'une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne permettant pas, au moins au niveau des indemnités dues, d'établir une différence importante entre le régime du licenciement nul, et celui du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

4) Dans une autre affaire où le licenciement a été déclaré nul<sup>241</sup>, le juge octroie une indemnité équivalente à 18 mois de salaires brut. Mais comme les salaires étaient très faibles, la salariée ne se voit *in fine* octroyer que 7490 euros. Et pourtant, les faits étaient particulièrement sordides : la salariée, enceinte du père de son employeur, a été renvoyée du jour au lendemain, sans aucune procédure de licenciement, et se voyait même interdire tout accès à l'établissement.

---

<sup>239</sup> Dijon, 18 octobre 2007, n°06/01420.

<sup>240</sup> Paris, 27 septembre 2007, n°05/01263.

<sup>241</sup> Bordeaux, 24 septembre 2009, n°08/2785.

5) Dans une dernière affaire, une salariée réussit à faire déclarer le licenciement nul, dans un cas de refus d'une nouvelle affectation, qui donnait lieu à son licenciement alors qu'elle se trouvait en état de grossesse ». Elle obtenait une indemnité équivalente à six mois de salaires bruts, soit 12.000 euros, les juges précisant de manière surprenante que cette indemnité équivalait à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.<sup>242</sup>

*Au total, les chances de gain d'une salariée soulevant une discrimination relative à l'état de grossesse apparaissent très faibles.* De plus, en cas de réussite, les montants alloués ne sont pas à la hauteur de la gravité de l'atteinte, les juges calculant les sommes le plus souvent en référence à l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le maximum obtenu au titre de la nullité du licenciement sur ce fondement a été de 20.076 euros<sup>243</sup>. Dans aucune affaire la salariée n'a demandé la réintégration. On retiendra de ces affaires les limites de la protection de la salariée en état de grossesse. En effet, la protection n'est valable que pendant une période bien précise, et ne s'applique pas avant que l'employeur ne soit informé de la grossesse. Or, lorsque la salariée ne notifie pas sa grossesse, au début de celle-ci, elle court le risque d'être licenciée sans pouvoir prouver que l'employeur était informé. De plus le régime de la nullité du licenciement est largement inappliqué, le licenciement étant traité par les juges de la même manière que pour toute autre cause. Cette observation sur l'effet pervers des dispositifs qui prévoient une protection spéciale pour certaines situations rejoint les résultats d'études internationales, notamment en matière de handicap<sup>244</sup>. Mais qu'on ne se méprenne pas. Il ne s'agit pas de dire que ces protections sont inutiles, voire mauvaises. Il faut prendre la mesure de leur effet propre, qui est *de circonscrire* la prise en considération de certaines situations à ces règles spéciales, laissant hors d'atteinte du droit des discriminations les périodes les plus longues, celles qui suivent le retour du congé de maternité.

### ***B : Les discriminations liées à l'orientation sexuelle : une petite collection de cas particuliers***

L'article L.1132-1 C. trav. mentionne comme motif de discrimination les mœurs, l'orientation et, depuis une loi n°2012-954 du 6 août 2012, l'identité sexuelle<sup>245</sup>. Il s'agit de protéger les salariés contre tout comportement hostile de l'employeur lié à la sexualité, ou à des pratiques sexuelles. La protection du salarié homosexuel ou bisexuel est visée avant tout par cet article, mais il peut également s'agir d'un salarié transsexuel.

Six litiges de notre corpus sont fondés sur l'orientation sexuelle du salarié. A chaque fois, il s'agit de salariés homosexuels, quatre hommes et deux femmes.

L'objet des litiges est varié. Dans un cas, le salarié demande la nullité du licenciement, dans deux autres cas, il conteste le caractère réel et sérieux du licenciement en avançant la raison discriminatoire, et dans les trois autres cas, les litiges comportent à titre principal des demandes dommages et intérêts

---

<sup>242</sup> Douai, 31 octobre 2008, n°08/00444 V., pour une même confusion entre nullité et licenciement sans cause réelle et sérieuse: Saint Denis de la Réunion, 25 novembre 2008, n°08/00320.

<sup>243</sup> Nîmes, 19 octobre 2010, n°09/01841.

<sup>244</sup> Mitra S, Stapleton D, « Disability, work and return to work » In: Lewin D, ed. Contemporary issues in industrial relations, labor and employment relations. Ithaca, Cornell University Press, 2006, p. 251-284.

<sup>245</sup> Ce dernier texte n'était donc pas applicable au cours de la période étudiée.

spécifiques pour préjudice matériel et/ou moral lié à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Dans toutes les affaires, le salarié est perdant : *pas un seul ne parvient à établir l'existence d'une discrimination liée à l'orientation sexuelle.*

L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 29 septembre 2008 est révélateur de la difficulté de contester un licenciement pour homophobie<sup>246</sup>. Dans cette affaire, le salarié ne manquait pourtant pas de faits précis à produire au soutien de sa demande. En l'espèce, M. P., ambulancier, avait été licencié pour faute grave liée à des propos insultants et diffamatoires. Le salarié contestait avoir tenu de tels propos, et indiquait que le litige était né à la suite de son refus de prendre d'autres tours de garde. Le salarié indiquait également et surtout que le comportement homophobe de l'employeur à son égard avait précipité son licenciement. A l'issue d'un attendu très long et circonstancié, la cour conclut néanmoins que le salarié n'apportait aucune preuve de l'homophobie de l'employeur. Ce qui ressort de l'arrêt est qu'il ne suffit pas de prouver l'existence d'une attitude homophobe. Il faut apporter la preuve que l'homophobie était le véritable motif de la rupture. En l'espèce, l'employeur ne niait pas avoir tenu des propos pour le moins désobligeants envers le salarié homosexuel... mais les justifiait par le climat de plaisanterie instauré par le salarié lui-même!

L'étude des rares arrêts portant sur l'orientation sexuelle atteste de l'extrême difficulté, pour un salarié, de justifier une demande sur cette forme de discrimination. Il faudrait disposer d'écrits, ou d'enregistrements, voire de l'aveu de l'auteur des faits, pour que la demande ait des chances d'aboutir. Autant dire qu'une impunité certaine existe en ce domaine dans les entreprises.

### ***C : Discriminations liées à la situation de famille : une classe aux contours flous***

La discrimination liée à la situation de famille est mentionnée dans plusieurs articles du Code du travail et du code pénal : article L. 1132-1 C. trav. (principe général de non discrimination), article L.1142-1 C. trav. (à l'intérieur du titre sur l'égalité entre hommes et femmes, article sur l'interdiction d'une discrimination à l'embauche motivée par la situation de famille), article 225-1 du code pénal.

Bien que figurant à la fois dans le titre sur le principe général de non discrimination, et dans le titre relatif à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, cette prohibition de discrimination peut être invoquée par l'un ou l'autre sexe. C'est la situation de famille qui est protégée, qu'elle soit vécue par un homme ou une femme.

Nous avons retenu ce motif pour notre étude en considérant que cette catégorie est implicitement « genrée », et qu'elle est davantage susceptible de concerner les femmes, notamment des mères célibataires ayant des enfants en bas âge à charge, voire des salariées devant s'occuper d'un conjoint ou parent malade, ou handicapé. Et de fait, l'étude montre que sur les 11 affaires comportant ce fondement, 7 concernent des femmes, 3 des hommes, une seule action ayant été conduite par un syndicat. La réussite est mitigée : 6 affaires gagnées sur 11, mais avec des sommes n'excédant pas 10.000 euros.

A l'analyse, il apparaît que les contours des situations sont flous, et que la notion de « situation familiale »

---

<sup>246</sup> CA Aix-en-Provence, 29 septembre 2008, n°07/06233.

renvoie à toutes sortes de configurations, parfois inattendues. Les arrêts abondent en faits, montrant la difficulté à caractériser ce motif.

1) Ainsi, dans un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 23 octobre 2010<sup>247</sup>, un salarié homme demande la nullité du licenciement, avec comme fondement la discrimination liée à la situation de famille. Ce salarié pharmacien a en effet été licencié peu de temps après que sa belle-mère a vendu les parts qu'elle possédait dans la SNC. Après son départ, un autre pharmacien a été recruté. La cour d'appel déboute sèchement le salarié de sa demande, en considérant que ce seul élément ne saurait constituer une preuve de discrimination.

2) Dans une affaire assez comparable la femme de l'ancien dirigeant évincé d'une entreprise conteste également son licenciement liée à la situation de famille<sup>248</sup>. Dans ces deux affaires, ce n'est donc pas le sexe, mais la parenté qui est au cœur de l'action.

3) Dans un troisième arrêt<sup>249</sup>, la locution « situation familiale » est utilisée plutôt en référence aux origines étrangères de la salariée. En l'espèce, une salariée accusée de vol contestait la réalité du motif du licenciement, et, à titre subsidiaire, indiquait que son « origine familiale » avait joué un rôle dans son licenciement. Si le licenciement est déclaré sans cause réelle et sérieuse, la cour ne reconnaît pas de discrimination. L'arrêt est instructif dans le sens où la salariée n'a pas souhaité se fonder sur la discrimination en raison de l'appartenance réelle ou supposée à une ethnie ou une race, ni sur une discrimination fondée sur la nationalité, mais de manière plus neutre et plus floue, sur son origine familiale.

4) Dans une autre affaire, tranchée par la cour d'appel de Riom, une salariée en contrat emploi solidarité conteste son refus d'embauche en CDI, malgré la promesse qui lui en a été faite<sup>250</sup>. Elle estime que les relations intimes qu'elle a nouées en cours de contrat avec le directeur de l'établissement scolaire privé ont conduit son employeur à vouloir se séparer d'elle, et estime avoir été écartée du recrutement pour une raison discriminatoire « liée à sa situation de famille ». La Cour lui donne raison, et lui octroie 2500 euros à titre de dommages et intérêts.

5) La situation familiale est invoquée dans des affaires qui auraient pu recevoir une toute autre qualification. Il s'agit en effet de jeunes mères en retour de congé maternité. Ainsi dans un arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 2 septembre 2008<sup>251</sup>, une mère dans cette situation reproche à son employeur de ne l'avoir pas promue au poste de son supérieur hiérarchique démissionnaire, invoquant une « discrimination liée à la situation de famille ». Elle prend acte de la rupture du contrat, et sollicite la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais la cour ne retient pas la preuve de la discrimination et déboute la salariée, en considérant que « *le poste de juriste cadre coefficient C 100 occupé par Armelle P. correspond à l'échelon le plus bas de la catégorie des ingénieurs et cadres de la convention collective des transports routiers et activités annexes, pour une rémunération de 2.156,60 euros brut par mois en 2006 soit moins de 30.000 euros brut par an, alors que celui de responsable juridique sur lequel elle a vainement postulé se situe plusieurs niveaux au dessus puisque la rémunération attachée est au minimum de 60.000 euros brut par an de salaire de base.* ». Dans une autre affaire jugée

---

<sup>247</sup> Aix-en-Provence, 23 octobre 2010, n° 06/09490.

<sup>248</sup> Basse-Terre, 26 novembre 2008, n° 06/02124.

<sup>249</sup> Aix-en-Provence, 19 novembre 2009, n° 07/17808

<sup>250</sup> Riom, 5 octobre 2010, n° 09/02828

<sup>251</sup> Toulouse, 2 sept. 2008, n°08/02827.

par la Cour d'appel de Grenoble<sup>252</sup>, une jeune mère de famille conteste le caractère réel et sérieux de son licenciement, en arguant notamment d'une discrimination « liée à sa situation familiale ». La salariée, à son retour de congé maternité, s'était en effet vu notifier une modification de ses horaires de travail, qu'elle avait refusée pour des raisons familiales. Elle est licenciée à la suite de ce refus. Le juge ne retient pas le motif discriminatoire, et se place sur le terrain de la modification unilatérale du contrat de travail, que la salariée était en droit de refuser. Le licenciement est donc sans cause réelle et sérieuse.

6) Le dernier litige de la série, tranché par un arrêt de la Cour d'appel de Douai le 30 octobre 2009, revêt une toute autre ampleur<sup>253</sup>. Il s'agit d'une action collective visant à écarter une norme. En l'espèce, un syndicat agit devant le TGI pour former différentes demandes à caractère salarial. Il conteste notamment un accord collectif du 22 avril 1994 comportant une "indemnité dite de "non logé" accordée à tous les salariés non cadres, comptabilisée dans le salaire de base". La cour considère que "*une somme allouée en fonction d'un élément extérieur au travail fourni, comme cette indemnité qui dépend du nombre d'enfants, ne constitue pas une contrepartie du travail fourni. Son intégration dans le salaire de comparaison entraînerait au demeurant une rémunération différente de l'heure de travail suivant des critères familiaux, ce qui constituerait une discrimination*". La Cour déclare le syndicat irrecevable sur certains points, mais recevable et bien fondé sur la discrimination.

Ces arrêts montrent que la situation de famille ne forme pas une catégorie aux contours bien nets. Des salariés invoquent ce motif pour des raisons très diverses : parent d'un autre salarié sanctionné, mère en retour de congé maternité voyant ses horaires modifiés, salariée d'origine familiale étrangère, salariée ayant une relation intime découverte avec un autre membre de l'entreprise... Il s'agit d'un des motifs de discrimination les plus difficiles à caractériser, ce qui explique sans doute sa rareté dans le corpus.

### ***D : Discriminations liées à la maternité : une situation mal identifiée***

La discrimination liée à la maternité n'est pas visée par l'article L.1132-1 C. trav., ni par l'article L.1142-1. On la trouve à l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 n°2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de lutte contre les discriminations, qui prohibe notamment « toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la maternité y compris le congé de maternité. » . Il n'est donc pas surprenant de ne pas trouver ce visa dans notre corpus.

Un seul arrêt fait référence à cette situation, et encore de manière non exclusive, celui de la cour d'appel de Rouen du 17 novembre 2009<sup>254</sup>. En l'espèce, une salariée, qui avait fait l'objet d'une mutation à quelques jours de sa reprise d'activité après un congé de maternité, avait été licenciée pour faute grave. Elle soutenait que « *la société F. a fait preuve à son égard de discrimination basée sur le sexe et sur l'état de maternité, et manœuvré pour empêcher son retour, et que son licenciement est nul, abusif et particulièrement injustifié* ». Le licenciement est déclaré sans cause réelle et sérieuse sans référence à la discrimination, alors même que la Cour relevait que la mutation : « *avait pour effet de l'obliger à travailler en un lieu particulièrement éloigné de son domicile et d'affecter notablement l'organisation de*

---

<sup>252</sup> Grenoble, 30 novembre 2009, n°08/00098.

<sup>253</sup> Douai, 30 octobre 2009, n°08/09257.

<sup>254</sup> Rouen, 17 novembre 2009, n°09/03054.

*sa vie familiale, raisons qu'elle a invoquées pour justifier son refus exprimé par courrier recommandé » .*

En l'absence de visa spécifique, on comprend que la maternité ne soit pas citée. Mais on peut douter que ce nouveau motif change quoi que ce soit à la situation des jeunes mères. A moins que l'employeur ne commette l'imprudence de licencier sa salariée pendant la période de congé, une jeune mère a peu de chances de faire reconnaître qu'elle a fait l'objet de discrimination après son retour. Pour le dire autrement, une fois revenue au travail, elle redevient une salariée comme les autres, alors même que la présence d'un enfant en bas âge au foyer transforme profondément ses conditions de vie et de travail.

### ***E- La discrimination liée au sexe : trop générale pour être opératoire***

La discrimination liée au sexe est visée dans les textes nationaux et internationaux à la fois les plus anciens et les plus nombreux. Et pourtant, c'est ce motif qui est le plus rarement cité: 5 affaires, dont une portée par un homme. Les arrêts sont divers, et concernent des discriminations sexuelles à l'embauche, en cours de contrat, et lors d'un licenciement.

1) L'arrêt de la cour d'appel de Nancy du 27 novembre 2009 concernait une salariée qui avait effectué de nombreuses missions d'intérim pour une société sans jamais être embauchée en CDI<sup>255</sup>. Elle demandait à la fois des dommages et intérêts pour discrimination à l'embauche « en raison du sexe », et une requalification des missions d'intérim en CDI. Elle est déboutée de toutes ses demandes, la Cour considérant que « *la société justifie, pour le poste demandé par Madame H., n'avoir procédé à l'embauche d'un chauffeur qu'en mars 2009 et avoir recruté une femme en qualité de chauffeur routier en janvier 2009* ». Ce cas illustre une nouvelle fois l'extrême difficulté de prouver en pratique l'existence d'une discrimination à l'embauche, quel qu'en soit le motif.

2) La discrimination sexuelle été invoquée en cours de contrat de travail, au retour d'un congé parental<sup>256</sup>. Dans l'affaire jugée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 25 septembre 2008 une salariée de retour de congé de maternité se plaignait de ne pas avoir obtenu la mutation qui lui avait été promise sur un poste de responsable études et développement. Ce poste avait finalement attribué à un salarié masculin. Sans faire sienne la qualification de discrimination, la cour d'appel retient que « *L'employeur en ne respectant pas son engagement formel, qui a pu motiver l'acceptation de Madame L. de s'installer avec sa famille à Marseille, a manqué à son obligation de loyauté et a ainsi commis un grave manquement qui a pour effet de lui rendre la rupture imputable* ». Compte tenu des circonstances, le choix de la salariée de se placer sur le terrain de la discrimination *selon le sexe* est très surprenante. La salariée aurait pu aussi bien invoquer une discrimination liée à situation de famille, comme dans l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 2 septembre 2008, ou à une inégalité de traitement femme-homme.

3) La nullité d'un licenciement a été également demandée sur ce fondement par un homme, dans une situation très particulière. Un transsexuel, licencié pour motif économique, demandait à titre principal la

---

<sup>255</sup> Nancy, 27 novembre 2009, n°08/02110.

<sup>256</sup> Aix-en-Provence, 25 septembre 2008, n° 06/17558.

nullité du licenciement, estimant celui-ci fondé sur sa vie privée et changement de sexe. Il fait valoir que les vraies raisons du licenciement sont relatives à sa vie privée et à son changement de sexe, et qu'elles apparaissent dans le compte-rendu du conseil d'administration signé par les administrateurs de l'association G. où il est directement cité. L'argumentaire de la Cour pour écarter la discrimination est purement textuel. Après avoir cité l'article L.1132-1 du Code du travail « *qui donne une liste limitative des éléments dont la prise en considération est interdite* », la cour ajoute que « *L'interdiction des discriminations visées à cet article est liée à une certaine conception de l'homme, elle vise l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie à une nation ou à une race* ». La décision ayant été prise avant l'introduction par la loi du 6 août 2012 de la mention de « l'identité sexuelle », il est certain que cette motivation ne serait plus aujourd'hui la même. En revanche, sur la preuve, il n'est pas sûr que le résultat eût été différent. La Cour a en effet retenu que : « *La dispense de présence sur le lieu du travail par lettre du 27 juin 2007 pendant la durée de la procédure et celle d'effectuer son préavis ne peuvent être analysées en une mise à l'écart discriminatoire en l'absence de tout élément se référant à la liste limitative ci-dessus citée* »<sup>257</sup>. On retrouve dans cette affaire les mêmes difficultés que celles rencontrées par les salariés homosexuels agissant sur le fondement de la discrimination liée à l'orientation sexuelle : la preuve se révèle particulièrement délicate à apporter, surtout lorsque l'employeur peut justifier d'un motif économique du licenciement.

En définitive, sur cinq affaires mettant en jeu la discrimination sexuelle, deux seulement sont gagnées. Compte tenu de l'accent porté par les textes juridiques et la doctrine sur cette forme de discrimination, le bilan est bien maigre. La difficulté à prouver l'existence d'une telle discrimination, particulièrement lors de l'embauche et du licenciement, n'est sans doute pas pour rien dans ce peu de succès de la catégorie. Les catégories neutres, comme l'égalité de traitement, ou le travail égal, ont à cet égard beaucoup plus de chances de succès.

### ***F- Les discriminations multiples, ou le refus de choisir***

Le dernier groupe d'arrêts regroupe les cas où les salariés ont invoqué simultanément plusieurs types de discrimination, dont une au moins concerne le genre. Cette notion de discriminations multiples, qui renvoie à une expression empirique des revendications, ne doit pas être confondue avec celle de celle de discriminations croisées, qui implique un cumul « objectif » de désavantages. Il s'agit plutôt d'un « conflit de qualifications », lié à une même situation. 24 cas de discriminations multiples ont été relevés dans notre corpus. Toutes les formes de combinaison se rencontrent. Nous pouvons citer ainsi :  
-une discrimination liée à l'état de grossesse, couplée à la violation du principe d'égalité salariale entre hommes et femmes<sup>258</sup> ;

---

<sup>257</sup> Pau, 15 novembre 2010, n° 09/04445.

<sup>258</sup> Paris, 17 octobre 2007, n° 06/02708.

- une discrimination syndicale et sexuelle<sup>259</sup> ;
- une discrimination liée à la situation familiale et au principe « à travail égal salaire égal »<sup>260</sup> ;
- une discrimination liée à l'état de santé et au sexe<sup>261</sup>.

Cette combinaison de motifs est rarement gagnante : sur les 24 cas signalés, 9 seulement se soldent par une victoire du salarié. Pour expliquer ce faible score, on peut faire l'hypothèse qu'une pluralité de motifs discriminatoires, loin de soutenir la position du salarié, pourrait l'affaiblir, dans la mesure où elle marque une certaine indécision des demandeurs. Du point de vue de la rhétorique judiciaire, on peut dire que la référence à une seule catégorie, même vague, est préférable à une énumération de motifs, mêmes proches.

### **Pour conclure : la faible maniabilité des catégories juridiques liées au genre**

Au fil de nos observations, ce qui émerge de ces divers contentieux est la faible maniabilité des catégories juridiques dévolues à la lutte contre les discriminations de genre. Pour le dire dans le langage de la théorie du droit, ce qui est en cause est la qualité de « l'outillage juridique » mis en place, c'est-à-dire son aptitude à entrer dans les faits, et à produire les effets attendus<sup>262</sup>. Pour reprendre la terminologie de R. Jhering, on peut dire que les règles en jeu présentent une faible « réalisabilité formelle », faiblesse qui tient à leurs caractéristiques mêmes<sup>263</sup>. Dans les motifs liés au genre, plus encore que dans d'autres, les règles présentent quatre défauts majeurs: leur réversibilité, leur défaut d'exclusivité, leur faible opérationnalité, et la portée limitée des sanctions.

#### *Des catégories réversibles*

La réversibilité des catégories a été abondamment illustrée par la mobilisation par les pères du principe d'égalité femme-homme en matière de retraite. Alors que ces textes avaient pour objectif d'introduire un semblant d'égalité réelle dans les positions des femmes par rapport aux hommes, il suffit d'en retourner le sens pour permettre à des hommes de se voir reconnaître les droits des femmes, au risque de limiter les droits de ces dernières. Le fait que les juridictions communautaires, et la Halde à sa suite, aient pu considérer que ces avantages de retraite liés aux enfants avaient pour objectif de compenser des disparités entre ceux qui ont des enfants et ceux qui n'en ont pas, et non entre pères et mères, atteste de la labilité des finalités données aux droit sociaux. Et pourtant, on ne peut s'empêcher de penser que ces avantages avaient bien quelque chose à voir avec l'inégale répartition de la charge des enfants entre les pères et les mères !

---

<sup>259</sup> Plusieurs cas, dont Douai, 28 novembre 2008, n° 08/00274.

<sup>260</sup> Nancy, 27 novembre 2009, n° 09/00006.

<sup>261</sup> Paris, 07 septembre 2010, n° 07/07628.

<sup>262</sup> L'expression est employée par Jean Dabin pour décrire ce qu'il appelle « les moyens de l'ordonnement juridique », lesquels doivent être adaptés aux fins poursuivies. *Théorie Générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, n°230 et s.

<sup>263</sup> R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, 1880, T1, p. 51-52(1e éd. allemande 1852-1858).

### *Le défaut d'exclusivité des catégories*

A plusieurs reprises, nous avons pu voir une même situation « indexée » sous différents motifs de discrimination. Cette indétermination des catégories nous semble due à leur insuffisante définition, que ce soit en compréhension ou en extension. On constate à la lecture des arrêts que les juges n'examinent que rarement la pertinence des motifs retenus par les demandeurs, qu'il s'agisse de la situation de famille, du sexe, ou même de la maternité. De leur côté, les salariés et leurs défenseurs ne disposent pas de repères pour choisir le fondement de leur action. Du point de vue juridique, cette labilité nous paraît constituer un obstacle à la constitution de *référentiels de situation*, qui pourraient faire l'objet de jurisprudences coordonnées. Pour éviter ce phénomène de dispersion, il suffirait que le juge se souvienne qu'il dispose du pouvoir de « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux *sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* » (art. 12 du C.pr.civ.), et s'efforce de rechercher le motif de discrimination le mieux adapté à la situation.

### *La faible opérationnalité des règles*

Si favorables que soient les règles de preuve dans le domaine des discriminations et de l'égalité, les résultats des actions n'en sont pas moins décevants. La raison à cela ne nous semble pas devoir être recherchée dans une quelconque « résistance » des juges. Au fil des arrêts, on voit bien qu'il est difficile d'établir la preuve d'un *lien causal* entre une caractéristique de genre et une décision défavorable de l'employeur. La difficulté est d'autant plus grande que les situations visées sont mal définies par les règles, comme le sexe, la situation de famille, ou même l'état de grossesse. Par comparaison, les motifs « non genrés », tels que l'égalité de rémunération-travail égal, et l'égalité de traitement apparaissent plus efficaces : la preuve à rapporter n'est pas celle d'un lien causal entre une *caractéristique particulière* du salarié et une décision, mais celle d'une différence objective entre *des salariés*, que l'employeur devra justifier par des motifs exempts de discrimination.

### *L'insuffisante portée des sanctions*

La reconnaissance du caractère discriminatoire ou inégalitaire d'une décision de l'employeur ne permet pas au salarié d'espérer plus qu'une compensation salariale standardisée. Or dans le cas de comportements discriminatoires graves (et nous en avons vu quelques exemples), on pourrait envisager de mettre en place des *punitive damages*, sur le modèle du droit du *tort* anglo-américain. Les *punitive damages* reposent non sur l'idée de réparation, mais sur celle de punition du responsable, et de dissuasion des autres. En droit américain, « les facteurs qui influencent le niveau des *punitive damages* incluent la nature de la conduite impliquée, la nature et l'étendue des dommages subis, et la situation économique du défendeur »<sup>264</sup>.

Ce n'est pas là le moindre paradoxe de ce type de règles : à la fois menaçantes dans leur énonciation, et modérées dans leurs effets, comme si la menace devait suffire à faire rentrer dans le rang les employeurs récalcitrants. Certes, cette caractéristique d'un droit déclamatoire n'est pas propre au genre, et court tout au long du droit des discriminations. Mais il nous semble que dans ce domaine, plus

---

<sup>264</sup> Peter Hay, *Law of the United States*, Beck, Dalloz, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2002, n° 421.

nettement qu'ailleurs, la déclamation masque mal la crainte de porter une atteinte excessive au pouvoir de direction et de commandement de l'employeur, en matière de gestion des recrutements et des carrières.



## Chapitre 2 : Comparer pour décider

■ *Olivier Leclerc*

Comment les salariés ou les candidats à l'embauche apportent-ils la preuve en justice des discriminations dans l'emploi dont ils s'estiment victimes ? Le Code du travail aménage, dans cette hypothèse, les règles de preuve applicables. Selon l'article L. 1134-1 du Code du travail, « lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre 2 [consacré au principe de non-discrimination], le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (al. 1) ». Le texte énonce ensuite qu'« au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » (al. 2). Le troisième alinéa ajoute enfin que « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles<sup>265</sup> ».

Ces dispositions sont bien connues, même si leur analyse n'est pas exempte de difficultés, y compris dans la perspective d'une mise en ordre dogmatique. Mais l'attention portera ici sur la façon dont ces règles de preuve sont mises en œuvre. Convaincre le juge que l'on a été l'objet d'une discrimination revient le plus souvent à soutenir que l'on a été moins bien traité que d'autres, et ce, pour un motif illicite.

Pour en avoir le cœur net, nous avons procédé à une interrogation sur le texte intégral de notre échantillon d'arrêts (2204), avant sélection et codage. La formule de recherche était axée sur la comparaison, même si, on le sait, la Cour de cassation n'en a pas fait un passage obligé pour la preuve des discriminations<sup>266</sup>. La formule était la suivante : « **comparer** » ou « **comparaison** » ou « **comparable** » ou « **différence de traitement** ». L'interrogation a retourné 567 arrêts, concernant aussi bien les discriminations que l'égalité de traitement. Pour le traitement de ces arrêts, nous avons voulu illustrer la diversité des méthodes en retenant les arrêts typiques, sans vouloir faire une statistique de leurs usages.

Que peut-on observer, à la lecture de décisions rendues par des cours d'appel, de la manière dont les parties mettent ces règles en œuvre et convainquent le juge de l'exactitude des affirmations factuelles qu'elles formulent ? Quels sont les modes de preuve employés pour convaincre les juges qu'il existe une discrimination dans l'emploi ? Quels sont les raisonnements suivis, les ressources mobilisées ? Ces interrogations conduisent à examiner aussi bien l'argumentation déployée par les parties que les raisonnements suivis par les cours d'appel pour décider s'il existe ou non une discrimination, en mettant l'accent plus particulièrement sur le recours aux raisonnements statistiques dans la preuve des discriminations. On explicitera ainsi la place qu'occupe le raisonnement statistique dans la preuve des

---

<sup>265</sup> La formule légale est la même pour la preuve des discriminations à raison du sexe, de la situation de famille et de la grossesse : C. trav., art. L. 1144-1. La règle a été étendue par la Cour de cassation à l'égalité de traitement : Soc. 28 sept. 2004, Dr. soc. 2004. 1144, obs. C. Radé. Sur la genèse de ces règles, propres au procès civil, et sur les liens qu'elles entretiennent avec le droit de l'Union européenne, v. not. M.-T. Lanquetin, « Discrimination », Rép. trav. 2010.

discriminations et des atteintes à l'égalité de traitement (Section 1), puis les usages qu'en font les parties et les juges du fond (Section 2).

## **Section 1 : Quelle place pour les statistiques dans la preuve des discriminations ?**

Les statistiques pouvaient, en première analyse, se voir reconnaître une place centrale dans la preuve des discriminations : être discriminé se caractériserait par le fait de subir une différence significative par rapport à un groupe de référence. Dès lors, le contentieux des discriminations semblait un terrain privilégié pour analyser l'utilisation dans la preuve en justice d'outils et de théories statistiques.

### ***A : Le cadre***

Cette première orientation pouvait s'autoriser d'un sens partagé dans la littérature juridique, française et étrangère, sur la preuve des discriminations. L'idée s'est, un temps, imposée dans le droit de l'Union européenne à propos des discriminations indirectes. Sensible à la qualité des analyses statistiques présentées à titre de preuve, la Cour de justice a ainsi affirmé « qu'il appartient au juge national d'apprécier si les données statistiques caractérisant la situation de la main-d'œuvre sont valables et si elles peuvent être prises en compte, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives<sup>267</sup> ». L'accent mis sur le recours aux statistiques s'est depuis lors sensiblement atténué. La preuve statistique est ainsi très loin d'avoir acquis en droit communautaire un caractère exclusif, notamment après 2000 lorsque la définition de la discrimination indirecte a été modifiée dans un sens prêtant une attention plus grande au désavantage subi qu'au critère statistique, sans pour autant que ce dernier ne disparaisse entièrement<sup>268</sup>.

À l'étranger, la liaison entre l'usage des statistiques et la preuve des discriminations est communément opérée dans la littérature juridique. Il suffira de mentionner l'augure qui sert de titre à un article paru dans une revue espagnole de droit du travail selon laquelle la « discrimination indirecte et la preuve statistique » sont « des chemins qui devraient converger<sup>269</sup> ». Plus nettement encore, cette idée est omniprésente dans la littérature juridique américaine. Cette dernière est particulièrement intéressante dans la mesure où le droit de la preuve est, aux États-Unis, autrement sophistiqué qu'il ne l'est en France. Innombrables sont les articles et les ouvrages qui s'efforcent d'analyser la place du raisonnement statistique dans la preuve en justice, en particulier des discriminations<sup>270</sup>, le plus souvent indirectes (ce

---

<sup>267</sup> CJCE 27 oct.1993, Enderby, aff. C-127/92.

<sup>268</sup> Par ex., Dir. CE n° 2000/43 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, JOCE 19 juill. 2000, n° L. 180, p. 22, considérant n° 15. Sur l'évolution du droit communautaire, v. M.-T. Lanquetin, « Discrimination », op. cit., spéc. n° 69-73 ; J. Porta, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », RDT 2011, n° 6, spéc. p. 361.

<sup>269</sup> D. Perez Prado, « Discriminación indirecta y la prueba estadística : caminos que deberian confluir », Justicia laboral 2010, n° 43, p. 93-121.

<sup>270</sup> Parmi de très nombreuses références, v. not. : A. J. Rosenthal, « Employment Discrimination and the Law », Annals of the American Academy of Political and Social Science 1973, vol. 407, p. 91-101; D. Kaye, « Statistical Evidence of

que les Américains appellent l'« impact différencié » [disparate impact]), et avec une force renouvelée depuis l'adoption du Civil Rights Act en 1964<sup>271</sup>. Au point qu'un juge pouvait affirmer dès 1979 que de nombreuses actions entreprises sur le fondement de ce texte devenaient « des joutes entre professeurs de statistiques qui s'affrontent à propos de théories statistiques complexes<sup>272</sup> ».

### **B : Le corpus**

Un premier sondage dans le corpus de décisions révèle cependant que le terme « statistique » — ou encore certains vocables propres à l'analyse statistique de données, comme celui de « médiane », de « régression », d'« intervalle de confiance », etc. — est extrêmement rare dans les arrêts de cours d'appel françaises<sup>273</sup>. Le plus souvent, du reste, la référence aux « statistiques » désigne des études très générales, qui concernent l'ensemble des salariés de l'entreprise<sup>274</sup> ou des données nationales établies par l'INSEE (par exemple sur la durée moyenne du chômage des cadres licenciés<sup>275</sup>). Une salariée avait ainsi, pour démontrer qu'elle avait fait l'objet d'une discrimination en raison de ses activités syndicales, « produit des tableaux présentés par l'employeur dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires, permettant, conformément aux dispositions de l'article L. 2242-2 du Code du travail, une analyse comparée de la situation des hommes et des femmes concernant notamment les emplois et les qualifications et les salaires payés (...) ». Prenant acte de la généralité des données, la cour d'appel de Bastia ne se laisse pas convaincre et énonce que « les données statistiques produites sur un ensemble de plus de 2 500 salariés ne permettent pas de présumer la violation à l'endroit de [la salariée] du principe d'égalité de rémunération<sup>276</sup> ».

---

Discrimination », *Journal of the American Statistical Association* 1982, vol. 77, n° 380, p. 773-783; S. E. Fienberg et M. L. Straf, « Statistical Assessments as Evidence », *Journal of the Royal Statistical Society. Series A* 1982, vol. 145, n° 4, p. 410-421; D. Kaye, « The Numbers Game: Statistical Inference in Discrimination Cases », *Michigan Law Review* 1982, vol. 80, n° 4, p. 833-856; R. L. Paetzold, « Problems with Statistical Significance in Employment Discrimination Litigation », *New England Law Review* 1991, vol. XXVI, p. 395-415; J. L. Gastwirth, « Employment Discrimination: A Statistician's Look at Analysis of Disparate Impact Claims », *Law & Inequality* 1992, vol. XI, p. 151-179; J. L. Gastwirth, « Statistical Evidence in Discrimination Cases », *Journal of the Royal Statistical Society. Series A* 1997, vol. 160, p. 289-303; J. B. Kadane, *Statistics in the Law*, Oxford University Press, 2008, spéc. p. 93-133; A. Pundik, « The Epistemology of Statistical Evidence », *The International Journal of Evidence & Proof* 2011, vol. XV, p. 117-143. V. aussi l'entretien avec R. Ford, in M. Mercat-Brun, *Discriminations en droit du travail. Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, coll. « A droit ouvert », 2013, p. 170 et

S.

<sup>271</sup> Le chapitre 7 du Civil Rights Act de 1964 interdit aux employeurs, aux syndicats, aux institutions recevant des financements fédéraux et aux établissements ouverts au public toute « discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale ».

<sup>272</sup> Juge Fred M. Winner, cité par M. O. Finkelstein, « The Judicial Reception of Multiple Regression Studies in Race and Sex Discrimination Cases », *Columbia Law Review* 1980, vol. 80, n° 4, p. 737.

<sup>273</sup> Comp. aux États-Unis, les chiffres, certes déjà anciens, montrant l'usage croissant des termes statistiques (variance, coefficient de corrélation, test du Chi2) dans les décisions de justice relatives aux discriminations : S. E. Fienberg (éd.), *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*, New York, Springer-Verlag, 1988, spéc. p. 8.

<sup>274</sup> Orléans, 18 sept. 2008, n° 07/03256 ; Bastia, 18 nov. 2009, RG n° 08/00360 ; Orléans, 20 oct. 2009, RG n° 09/11249.

<sup>275</sup> Rennes, 14 sept. 2010, n° 08/08293.

<sup>276</sup> Bastia, 18 nov. 2009, n° 08/00360, op. cit.

### **C : Les premiers enseignements de l'analyse**

Les cours d'appel sont ainsi rarement amenées à discuter une démonstration prenant explicitement appui sur le domaine disciplinaire des statistiques. De ce constat, deux enseignements peuvent être tirés.

1. – Un premier enseignement porte sur les types de contentieux qui donnent lieu formellement à un raisonnement statistique. Le plus souvent, les affaires soumises aux cours d'appel relatives à la discrimination ne présentent pas une « structure statistique<sup>277</sup> », c'est-à-dire un groupe de référence et des caractéristiques personnelles du salarié clairement identifiées, ainsi qu'une répétition des occurrences de discrimination<sup>278</sup>. À l'inverse, ainsi que le montre une étude empirique américaine, et comme le confirment les arrêts de cours d'appel françaises étudiés, « le contentieux de la discrimination dans l'emploi est dominé par des actions individuelles, entreprises par des personnes qui prétendent avoir fait l'objet d'une différence de traitement, bien plutôt qu'il n'est constitué d'affaires qui attaquent des politiques qui auraient un impact différencié sur des groupes protégés<sup>279</sup> ». Autrement dit, « le contentieux des discriminations dans l'emploi fonctionne comme un système de justice individualisée, dans laquelle une très grande proportion des affaires soulève des questions individuelles plutôt que collectives<sup>280</sup> ».

Par conséquent, l'exercice d'un raisonnement statistique structuré, consistant à évaluer l'impact d'une mesure sur un groupe de personnes, trouve son terrain d'élection dans les contentieux contestant la conformité au droit de la non-discrimination d'un texte ou d'une mesure doté d'une portée générale, par exemple une décision de l'employeur établissant des conditions pour pouvoir être recruté sur certains postes<sup>281</sup>, un mécanisme des majorations individuelles appliquées aux rémunérations de base<sup>282</sup>, une ordonnance réservant la protection contre le licenciement abusif à des salariés disposant d'une ancienneté minimale<sup>283</sup>, les statuts d'un organisme de retraite conditionnant le versement de certaines prestations au fait d'avoir été rémunéré au moins 200 heures par trimestre pendant quinze ans<sup>284</sup>... Le raisonnement

---

<sup>277</sup> La formule est empruntée à J. J. Kœhler, « When Do Courts Think Base Rate Statistics Are Relevant ? », *Jurimetrics Journal* 2002, vol. XLII, spéc. p. 385-386.

<sup>278</sup> Selon J. J. Kœhler, les juges fédéraux américains ne recourent pas à des distributions statistiques lorsqu'ils ne disposent pas d'une classe de référence assez clairement spécifiée ou, à l'inverse, lorsqu'ils disposent d'informations individualisées suffisantes (J. J. Kœhler, « When Do Courts Think Base Rate Statistics Are Relevant ? », loc. cit., spéc. p. 391 et p. 396).

<sup>279</sup> L. B. Nielsen, R. L. Nelson, R. Lancaster, « Individual Justice or Collective Legal Mobilization ? Employment Discrimination Litigation in the Post Civil Rights United States », *Journal of Empirical Legal Studies* 2010, vol. 7, n° 2, p. 194 (souligné par nous).

<sup>280</sup> Ibid., p. 176.

<sup>281</sup> C'est ainsi que, dans le célèbre arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Griggs c/ Duke Power Company* (401 US 424, 1971) les requérants contestaient une décision de l'employeur exigeant que les nouveaux embauchés disposent d'un diplôme de l'enseignement secondaire et aient passé des tests d'aptitude pour accéder à certaines fonctions, au motif qu'elle causait une discrimination indirecte. Prenant appui sur les données du recensement de 1960, les requérants relevaient notamment que 34 % des hommes blancs avaient achevé leurs études secondaires, alors que ce n'était le cas que de 12 % des hommes noirs. De la même manière, dans l'arrêt *Washington c/ Davis* (426 US 229, 1976), les requérants avaient soutenu, mais ici sans succès, que l'imposition d'un test d'aptitude langagière pour accéder à certaines fonctions de maintien de l'ordre était discriminatoire au motif que, entre 1968 et 1971, 57 % des candidats noirs avaient échoué à ce test contre 13 % pour tous les autres candidats. Sur ces décisions, v. not. D. Kaye, « Statistical Evidence of Discrimination », loc. cit., spéc. p. 781 ; S. E. Fienberg (éd.), *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*, op. cit., spéc. p. 86 s. ; Richard T. Ford, « Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique », in F. Guiomard et S. Robin-Olivier (dir.), *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, spéc. p. 82-87.

<sup>282</sup> CJCE 17 oct. 1989, *Danfoss*, aff. C-109/88.

<sup>283</sup> CJCE 9 sept. 1999, *Seymour-Smith et Perez*, aff. C-167/97.

<sup>284</sup> Soc. 3 juill. 2012, n° 10-23013.

statistique est plus diffus, moins articulé, dans les requêtes de salariés contestant les mesures *individuelles* dont ils ont fait l'objet — ou n'ont pas fait l'objet —, comme des décisions d'avancement, d'affectation, de sanction. Or, les discriminations alléguées devant les cours d'appel concernent, dans leur très grande majorité, de telles mesures. Il devient alors difficile pour les salariés de présenter un raisonnement statistique rigoureux, ce dernier restant largement en dehors de leur portée, quand un souci d'économie de la preuve ne les encourage pas à s'en dispenser.

2.— Cela étant, et c'est le second enseignement, la quasi-absence dans les arrêts de cour d'appel d'une formulation explicite de la part du salarié d'une analyse relevant du domaine de la statistique ne signifie pas qu'une argumentation et un raisonnement statistique ne soient pas menés devant les cours d'appel françaises. Il semble bien plutôt, à la lecture des arrêts, que le raisonnement probatoire relatif aux discriminations et à l'égalité de traitement emprunte au raisonnement statistique, sans en reproduire la rigueur. Le raisonnement statistique est employé dans les arrêts, non pour démontrer au terme d'une argumentation appuyée sur une théorie statistique, mais pour emporter la conviction du juge, au moyen de raisonnements dont la validité au regard des théories statistiques n'est que rarement discutée<sup>285</sup>.

En retenant une conception large, on dira qu'un raisonnement statistique se produit lorsqu'une des parties ou les juges essayent de mettre en rapport deux situations, lorsqu'ils s'efforcent de mener une comparaison, et sans que cela donne nécessairement lieu à une quantification. Plus particulièrement, convaincre le juge de l'existence d'une discrimination suppose, pour le salarié, de réaliser deux opérations : d'une part, établir que sa situation diffère de celle faite par l'employeur à d'autres salariés, c'est-à-dire établir qu'il a été moins bien traité qu'un échantillon de référence et, d'autre part, établir que cette différence de traitement est suffisante pour laisser « supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte », c'est-à-dire convaincre le juge que cette différence est significative et doit donc le conduire à décider que le salarié a apporté la preuve qui lui incombe. Il lui appartient ensuite de se tourner vers les éventuels « éléments objectifs étrangers à toute discrimination » présentés par l'employeur.

Or, la lecture des arrêts montre qu'une telle argumentation n'est pas propre à la discrimination indirecte. S'il est admis largement que la discrimination indirecte suppose, presque par nature, une preuve statistique<sup>286</sup>, il apparaît qu'un raisonnement de comparaison par rapport à un groupe de référence se rencontre tout autant lorsqu'une discrimination directe est en cause. En définitive, et sous l'angle des pratiques probatoires, la distinction entre discrimination directe et indirecte semble moins fortement structurante qu'il n'y paraît à la lecture des textes du droit positif : dans tous les cas, la preuve peut être rapportée au moyen d'une comparaison par rapport à un groupe de référence.

Il est vrai qu'un tel raisonnement n'est pas un passage obligé pour prouver l'existence d'une discrimination. La Cour de cassation a énoncé à plusieurs reprises, par une formule forte, que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres

---

<sup>285</sup> Sur les liens entre conviction et preuve, v. not. J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

<sup>286</sup> Dans son *Traité de droit social de l'Union européenne* (Paris, LGDJ, 2008), P. Rodière recourt à l'intertitre « La discrimination indirecte, une discrimination statistique » (n° 264). V. également S. Middlemiss, « Shall I Compare Thee? The Legal Dilemma: The Choice of Comparators in Discrimination Cases », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 4, 2000, pp. 293-317, spéc. p. 298 et s.

salariés<sup>287</sup> ». Plusieurs arrêts de cour d'appel au sein de notre échantillon illustrent cette hypothèse, par exemple lorsque l'employeur a expressément pris en compte l'activité syndicale pour évaluer un salarié et lui refuser le bénéfice d'un avantage ou d'une promotion<sup>288</sup>.

Il reste que, au cœur de la preuve des discriminations, s'accomplit une opération de comparaison<sup>289</sup>. Ainsi que l'énonce l'article 1er de la loi du 27 mai 2008, il existe une discrimination lorsque, pour l'un des motifs prohibés par la loi, une personne « est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable » (discrimination directe) ou lorsqu'une personne subit « un désavantage particulier (...) par rapport à d'autres personnes » (discrimination indirecte). Une telle comparaison est nécessaire dès lors que le motif discriminatoire n'est pas clairement énoncé par l'employeur. Comment alors saisir les raisons qui l'ont poussé à agir ? Comment savoir s'il a été guidé par des considérations liées au genre, à l'origine, à l'état de santé ? La comparaison permet alors de saisir, non pas la raison d'agir, mais l'effet discriminatoire qui en découle. Le recours aux statistiques comme mode de preuve permet ainsi d'objectiver les effets d'une action guidée par une raison d'agir illicite, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur les intentions de l'auteur de la discrimination.

Comment ces comparaisons sont-elles construites ? Répondre à cette question ne revient pas à se demander si les juges ont fait une bonne application des raisonnements et outils statistiques<sup>290</sup>. Loin de décerner un brevet de qualité à ces raisonnements, on s'attachera à identifier quels usages en sont faits dans les arrêts des cours d'appel.

## **Section 2 : Quels usages des raisonnements statistiques dans la preuve des discriminations ?**

À la lecture des arrêts rendus par les cours d'appel, il apparaît que la manière de comparer les situations fait bien souvent l'objet de débats serrés entre les parties. Le raisonnement statistique est loin de s'imposer comme une méthode permettant d'évidence de saisir une réalité extérieure au droit. Sa construction est, au contraire, au cœur de discussions âpres, et qui sont en partie orientées par les règles de procédure devant les tribunaux et par les règles de preuve<sup>291</sup>.

---

<sup>287</sup> Soc. 10 nov. 2009, Dr. soc. 2010. 111, obs. C. Radé ; Liaisons soc. Europe 2009, n° 242, p. 5, obs. J.-P. Lhernould ; Soc. 29 juin 2011, JS Lamy 2011, n° 307, obs. J.-P. Lhernould ; Soc. 12 juin 2013, n° 12-14153.

<sup>288</sup> Par ex. Versailles, 15 oct. 2009, n° 08/00620 : « [Le salarié] rapporte la preuve par la production de son entretien d'évaluation de l'année 2004 que l'employeur a fait expressément référence à ses fonctions de représentant du personnel pour indiquer qu'elles ne permettaient pas de mesurer convenablement les performances individuelles sur son poste par rapport à ses objectifs. » V. aussi Soc. 1er juill. 2009, Bull. V 2009, n° 166.

<sup>289</sup> Selon un auteur, « une comparaison est consubstantielle à la discrimination » : J.-P. Lhernould, Liaisons soc. Europe 2009, n° 242, p. 5. V. égal. C. Radé : « L'établissement de la discrimination induit (...) nécessairement une comparaison puisque l'égalité ne peut se concevoir que dans un rapport d'altérité » (Dr. soc. 2010. 112).

<sup>290</sup> Nombre de travaux publiés aux États-Unis s'attachent à relever les faiblesses, les lacunes, les inexactitudes qui affectent les raisonnements statistiques présentés devant les tribunaux. Symptomatique de cette orientation est le chapitre consacré à « la preuve statistique », in D. Faigman, D. Kaye, M. Saks, J. Sanders, Science in the Law. Standards, Statistics and Research Issues, West Group, 2002. D'importantes raisons procédurales expliquent que ces questions occupent fortement les juges et les auteurs aux États-Unis.

<sup>291</sup> Sur la distinction entre les approches « instrumentales », qui prennent « la discrimination comme un fait social objectif, et se demandent si le droit est apte à la saisir pour la faire reculer », et les approches « constitutives », qui voient le droit « comme un cadre d'interprétation constitutif de la réalité sociale », v. L. Bereni et V.-A. Chappe, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », Politix 2011/2, spéc. p. 23.

Ces discussions se cristallisent particulièrement sur deux points : comment s'opère la constitution d'un échantillon de référence à la lumière duquel la situation du salarié requérant sera examinée (A) ? Et comment convaincre le juge que cette situation est « suffisamment différente » pour constituer une discrimination (B) ?

### ***A : La constitution d'un échantillon de comparaison***

Dès lors qu'un salarié entend prouver une discrimination par la comparaison avec la situation d'autres salariés, se pose au premier chef la question de savoir comment constituer l'échantillon de comparaison au regard duquel confronter sa situation. À cet égard, plusieurs observations peuvent être faites, concernant l'identification des salariés qui figurent dans cet échantillon (1), le nombre de salariés pris en compte (2) et la personne qui constitue cet échantillon (3).

#### *1). Quels salariés figurent dans le groupe de comparaison ?*

Une première recherche permet de s'attacher à la façon dont sont constitués les groupes de comparaison. Dans les arrêts rendus par les cours d'appel, ces groupes de comparaison sont le plus souvent désignés par les termes de « panel » ou d'« échantillon ».

On pouvait s'attendre de prime abord à ce que le terme « panel » soit privilégié dans la circonstance où le salarié requérant entend mettre en œuvre la méthode dite « Clerc », du nom du syndicaliste de la CGT François Clerc, qui a élaboré une méthode de constitution de panel pour la preuve de la discrimination syndicale<sup>292</sup>. Ainsi que le décrit une cour d'appel, « cette méthode consiste à comparer l'évolution de carrière de tous les salariés engagés la même année au même coefficient<sup>293</sup> ». De fait, sept arrêts font état du recours à la « méthode Clerc », dans des situations où est en cause une discrimination syndicale et où figure un syndicat CGT, soit comme partie principale, soit comme partie intervenante. Pour la plupart, les arrêts sont laconiques sur cette méthode et sur sa mise en œuvre. Ils portent le plus souvent sur l'évaluation du préjudice subi plutôt que sur l'établissement de la discrimination elle-même. Un arrêt indique ainsi que « l'évaluation de ce préjudice effectuée par le salarié suivant “la méthode Clerc” n'est pas contestée<sup>294</sup> ». Dans cinq autres arrêts, le syndicat CGT est représenté par François Clerc, sans que la méthode de comparaison soit explicitement discutée ; l'échantillon de

---

<sup>292</sup> Sur la genèse de cette méthode et sur sa diffusion en dehors du domaine de la discrimination syndicale, v. V.-A. Chappe, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, pp. 45-55.

<sup>293</sup> Nîmes, 14 sept. 2010, n° 09/00235.

<sup>294</sup> Douai, 27 nov. 2009, n° 08/03410. La Cour considère ici « un panel de 21 salariés embauchés la même année (1981) au même emploi (en qualité d'employé aux écritures) au même niveau (3) et au même coefficient (110) ».

comparaison ayant, dans ces affaires, été établi par l'inspecteur du travail<sup>295</sup>. L'accueil réservé par les cours d'appel à la méthode de constitution de panels de comparaison élaborée par François Clerc doit toutefois être nuancé. La cour d'appel de Nîmes a, en effet, écarté le recours à cette méthode au terme d'une argumentation minutieuse<sup>296</sup>, en estimant qu'elle ne pouvait « pas sérieusement être prise en considération ». Les principaux griefs qui lui sont adressés sont qu'elle « conduit à d'importantes distorsions en fonction des années considérées », qu'elle « englobe tous les salariés indistinctement en fonction de leur année de recrutement alors que plus les nouveaux recrutés sont diplômés, plus ils ont vocation à atteindre un coefficient élevé en fin de carrière » et, enfin, qu'elle ne prend pas en compte le fait que « les salariés connaissent une évolution plus rapide en début de carrière pour stagner par la suite après avoir atteint les coefficients butoirs pour leur catégorie », alors que, dans le même temps, « l'activité syndicale intervient en général précisément après quelques années d'exercice, soit à une période où l'évolution de carrière ralentit naturellement » pour cette même raison. En sorte, conclut la cour d'appel de Nîmes, que « cette application [de la méthode Clerc] a pour effet d'annihiler le parcours antérieur et systématiquement rapide de carrière pour aboutir à une constatation qui résulte d'un parcours naturel de carrière et non d'une volonté de discrimination ».

Mais ce que montrent les décisions analysées, c'est, d'une part, que le recours à la constitution de panels de comparaison n'est pas seulement le fruit de l'application (du moins explicite) de la « méthode Clerc » et, d'autre part, que si la constitution de panels de comparaison concerne la plupart du temps des hypothèses de discrimination syndicale, elle ne s'y réduit pas<sup>297</sup>.

Dans tous ces cas, la difficulté est de savoir comment constituer ces panels : s'agit-il de personnes embauchées la même année ? De personnes embauchées pour les mêmes fonctions ? Au même coefficient ? Ayant la même ancienneté ? Les mêmes diplômes ? La lecture des décisions de cour d'appel révèle que la méthode de constitution des panels fait l'objet d'un débat juridique<sup>298</sup>, et ce, à plusieurs titres.

En premier lieu, les cours d'appel n'exigent pas que les échantillons de comparaison soient constitués de salariés présentant des caractères exactement identiques à ceux de la personne s'estimant victime de discrimination<sup>299</sup>, ce qui serait du reste sans doute une tâche bien difficile, et parfois impossible. Il suffit que le groupe de référence occupe « des fonctions similaires dans l'entreprise<sup>300</sup> », « voisines<sup>301</sup> », « comparable<sup>302</sup> », « équivalentes<sup>303</sup> », voire « à peu près équivalentes<sup>304</sup> », sous la réserve toutefois que

---

<sup>295</sup> Paris, 28 sept. 2010, n° S 09/08057 ; Paris, 28 sept. 2010, n° S 09/08196 ; Paris, 28 sept. 2010, n° S 09/08197 ; Paris, 28 sept. 2010, n° S 09/08199 ; Paris, 28 sept. 2010, n° S 09/08200.

<sup>296</sup> Nîmes, 14 sept. 2010, n° 09/00235.

<sup>297</sup> Dans le même sens : K. Berthou, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », RDT 2010, n° 11, p. 635 ; V.-A. Chappe, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », préc.

<sup>298</sup> Rappelons que la Cour de cassation renvoie parfois la constitution des panels à l'appréciation souveraine des juges du fond, même si la tentation d'un contrôle plus appuyé se fait occasionnellement sentir. Sur cette question, v. E. Serverin et T. Grumbach, « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », RDT, n° 12, 2012, p. 714.

<sup>299</sup> V. cependant : Versailles, 15 oct. 2009, n° 08/00620 : « Considérant que la comparaison n'est pas pertinente dans la mesure où les salariés du panel ne sont pas dans une situation identique en raison notamment des emplois occupés au moment de l'embauche et des déroulements de carrière » ; Versailles, 15 oct. 2009, n° 08/00621.

<sup>300</sup> Chambéry, 27 sept. 2007, n° 06/02408.

<sup>301</sup> Basse-Terre, 26 nov. 2007, n° 06/00822.

<sup>302</sup> Paris, 9 oct. 2007, n° S 06/01880.

ces salariés appartiennent bien à la même entreprise<sup>305</sup>. Ainsi que l'exprime la cour d'appel de Reims, « pour comparer la situation professionnelle [d'une salariée] de la moyenne des salariés faisant partie de son environnement professionnel immédiat à son embauche, il convient de comparer des situations équivalentes mais non identiques, telles qu'ancienneté, niveau de diplôme, qualification et coefficient à l'embauche, et étudier l'évolution des salaires<sup>306</sup> ». La remarque n'est pas sans importance à la lumière du critère parfois mis en avant dans le droit des États-Unis ou du Royaume-Uni appelé *but for test*<sup>307</sup>, selon lequel la discrimination doit être appréciée par comparaison avec des personnes présentant toutes les caractéristiques de celle s'estimant discriminée, à l'exception de celles que la loi interdit de prendre en compte (le sexe, la couleur de la peau, etc.).

En deuxième lieu, les cours d'appel n'exigent pas que les panels soient constitués par référence à un seul critère, mais bien plutôt par référence à un ensemble de critères. Ainsi, est écarté le panel proposé par un salarié selon le critère unique du diplôme détenu<sup>308</sup>. Inversement, est jugé « pertinent » « le panel de comparaison présenté par [l'employeur] en ce qu'il retient des salariés recrutés à la même époque, aux mêmes conditions d'embauche en termes de classement de postes, avec les mêmes diplômes<sup>309</sup> ». Cela étant, les éléments pris en compte pour caractériser des situations comparables sont assez variés : « salariés ayant fait l'objet d'une appréciation à peu près équivalente » par l'employeur<sup>310</sup>, salariés embauchés au même coefficient (soit la même année, soit au cours de la même période<sup>311</sup>, soit au cours de toute la période de présence du salarié dans l'entreprise), salariés disposant de diplômes équivalents, d'une ancienneté identique ou comparable<sup>312</sup>, exerçant les mêmes fonctions<sup>313</sup>, bénéficiant de la même classification telle qu'elle ressort du bulletin de paye<sup>314</sup>, salariés ayant suivi la même formation<sup>315</sup>. Les panels de comparaison sont constitués à la lumière de plusieurs de ces critères, sans qu'il soit possible d'en dresser une liste exhaustive ou systématique. En réalité, la construction de l'échantillon de comparaison — et donc les éléments pris en compte pour le constituer — dépend en grande partie des prétentions des parties et de ce qu'elles espèrent obtenir en justice. La composition du panel varie ainsi selon que le requérant réclame une indemnisation, un reclassement, l'annulation d'une mesure, etc. De

---

<sup>303</sup> Nancy, 4 sept. 2009, n° 06/00848.

<sup>304</sup> Paris, 20 nov. 2007, n° S 07/00337.

<sup>305</sup> La cour d'appel de Paris a ainsi jugé, à propos de demandes de rappel de salaire sur le principe de salaire égal à travail égal, que ces dernières avaient « justement été rejetées car il n'y a pas de comparaison possible de salaires sur ce principe tant dans le droit communautaire issu de l'art. 141 du traité de la Communauté européenne que le droit national entre des salariées, même travaillant dans les mêmes lieux et services, relevant d'employeurs distincts et soumises à des conventions collectives différentes en fonction de l'activité principale de chaque société et donc à défaut de source unique de rémunération et d'entité responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement » (Paris, 30 sept. 2008, n° S 06/07833).

<sup>306</sup> Reims, 24 nov. 2010, RG n° 09/02996. Dans le même sens, Reims, 24 nov. 2010, n° 09/02998.

<sup>307</sup> Pour une appréciation critique des usages de ce critères au Royaume-Uni et aux États-Unis, v. M. Connolly, « Discriminatory Motive And The But For Test: The Proper Approach To Direct Discrimination In Britain And The United States », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 9, 2007, pp. 37-56.

<sup>308</sup> Versailles, 30 sept. 2008, n° 07/01989.

<sup>309</sup> Toulouse, 9 oct. 2009, n° 08/03910.

<sup>310</sup> Paris, 20 nov. 2007, n° S 07/00337.

<sup>311</sup> Paris, 27 sept. 2007, n° S 06/14036 (« entre 2000 et 2004 ») ; Nancy, 4 sept. 2009, n° 06/00848.

<sup>312</sup> Pau, 11 sept. 2008, n° 06/03602 ; Versailles, 30 sept. 2008, n° 07/01989.

<sup>313</sup> Reims, 30 sept. 2009, n° 08/02584.

<sup>314</sup> Versailles, 8 sept. 2010, n° 09/00931.

<sup>315</sup> Lyon, 21 sept. 2010, n° 09/03760.

même, l'hypothèse peut être avancée qu'elle dépend aussi de la nature du motif discriminatoire allégué (genre, appartenance syndicale, origine, état de santé...). Ce dernier point n'est, du reste, sans doute pas sans incidence sur les difficultés qu'il y a à reconnaître l'existence de discriminations multiples<sup>316</sup> : un échantillon de comparaison unique ne permettra pas nécessairement de rapporter la preuve requise sous ses diverses dimensions.

Enfin, en troisième lieu, selon que la preuve est apportée par le salarié ou par l'employeur, le groupe de comparaison est constitué, pourrait-on dire, en positif ou en négatif. En positif, c'est le salarié qui démontre qu'il existe un groupe de personnes dont il partage les principales caractéristiques et qui ont été mieux traitées que lui. En négatif, c'est l'employeur qui démontre qu'il existe un groupe de personnes dont le salarié partage les principales caractéristiques, et qui ont été traitées comme lui, ou moins bien<sup>317</sup>. Ainsi, la ligne de défense de l'employeur peut suivre deux voies : soit contester l'échantillon proposé par le salarié en s'efforçant d'exclure tel ou tel salarié au motif qu'il présente un caractère important que le salarié requérant n'a pas, et qui le rend donc « incomparable », soit proposer un échantillon alternatif de personnes qui partagent tous les traits du salarié et qui ont reçu le même traitement, ce qui tend à établir qu'il n'existe pas d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination.

## *2). Combien de salariés figurent dans le groupe de comparaison ?*

La pertinence de l'opération de comparaison ne s'apprécie pas seulement par référence aux salariés intégrés dans le groupe de comparaison. Se pose également la question de savoir combien de salariés doivent figurer dans ce panel. Pour qu'une différence individuelle par rapport à un échantillon de référence soit statistiquement significative, encore convient-il que cet échantillon soit suffisamment important. Cette difficulté est soulignée à l'envi par les auteurs qui analysent et critiquent la qualité des raisonnements statistiques suivis par les juges<sup>318</sup>. Les échantillons trop étroits sont considérés comme n'étant pas significatifs. Il est en particulier peu révélateur de calculer des rémunérations moyennes ou médianes, ou des coefficients moyens, sur de tels échantillons.

---

<sup>316</sup> Pour une présentation générale de ces difficultés, au-delà même des questions liées à la preuve, v. P. Martin, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », RIDC 2011, n° 3, p. 585-608.

<sup>317</sup> Ex., Chambéry, 27 sept. 2007, n° 06/02408 : « La société (...) a notamment communiqué au conseil de prud'hommes un document de synthèse concernant un panel de 98 personnes n'ayant pas eu de promotion pendant vingt ans et plus au cours de leur carrière, présentes à l'effectif de l'entreprise en décembre 2004 (date la plus proche des débats de première instance) et n'ayant pas de responsabilité hiérarchique (...) ».

<sup>318</sup> Ex., J. L. Gastwirth, « Employment Discrimination: A Statistician's Look at Analysis of Disparate Impact Claims », *Law & Inequality* 1992, vol. XI, p. 151-179 ; J. L. Gastwirth et Q. Pan, « Diaz c/. Eagle Produce Ltd. Partnership : The Potential for and Limitations of Formal Statistical Analysis to Assist Courts when Drawing Inferences from a Relatively Small Data Set », *Jurimetrics Journal* 2009, vol. XLIX, p. 439.

De telles préoccupations sont loin d'habiter les cours d'appel<sup>319</sup>. Parmi les arrêts considérés, la taille des échantillons retenus est extrêmement variable. Elle atteint parfois plus de 100 salariés<sup>320</sup>, mais le plus souvent elle comporte une petite dizaine de salariés<sup>321</sup>, et parfois encore 1<sup>322</sup> ou 2<sup>323</sup> autres salariés. Sur le plan statistique, il est alors évident que le caractère significatif de la différence de traitement est loin d'être acquis. Cependant, ainsi qu'on l'a dit, il ne s'agit pas, dans l'opération probatoire, de mener un raisonnement statistique mais de convaincre le juge. Or, de ce point de vue, une différence de traitement avec un nombre très réduit de salariés, qui présentent une situation jugée suffisamment proche, peut suffire à caractériser l'existence d'« éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ».

### *3). Qui doit constituer un échantillon de comparaison ?*

La charge de constituer un panel de comparaison pèse, aux termes de l'article L. 1134-1 du Code du travail, sur le salarié. Cette tâche est source de difficultés pour le requérant, qui n'a pas facilement accès aux informations concernant les qualités professionnelles de ses collègues (dates d'embauche, classifications professionnelles, diplômes, etc.). De la lecture des arrêts rendus par les cours d'appel, il ressort que le salarié trouve, dans un certain nombre de situations, un renfort précieux pour la constitution d'un échantillon de comparaison.

Avant tout litige, certains accords collectifs d'entreprise portant sur le droit syndical prévoient la constitution de panels pour vérifier périodiquement l'égalité de traitement des représentants syndicaux<sup>324</sup>. De même, les salariés peuvent prendre appui sur des panels élaborés par l'inspecteur du travail avant que le différend ne donne lieu à une action en justice. Dans le cadre de ses attributions, et avec le renfort des pouvoirs d'investigation que lui donne la loi<sup>325</sup>, l'inspecteur du travail est en effet parfois amené à élaborer des échantillons de comparaison. Ces éléments peuvent être repris à leur compte par des salariés dans le cadre d'actions en justice pour faire constater la discrimination dont ils s'estiment victimes<sup>326</sup>.

---

<sup>319</sup> Comp. cependant : Versailles, 7 oct. 2008, n° 07/04039 : « Le nombre de salariés sur l'établissement de Vélizy est en outre suffisant pour établir un panel de comparaison cohérent. »

<sup>320</sup> Versailles, 7 oct. 2008, n° 07/04039.

<sup>321</sup> Toulouse, 19 nov. 2010, n° 09/03740 : 5 salariés ; Versailles, 8 sept. 2010, n° 09/00931 : 5 salariés ; Versailles, 30 sept. 2008, n° 07/01989 : 6 salariés ; Reims, 24 nov. 2010, n° 09/02996 : 8 salariés ; Versailles, 15 oct. 2009, n° 08/00620 : 8 salariés ; Douai, 30 nov. 2010, n° 1930/10 : 11 salariés.

<sup>322</sup> Caen, 19 nov. 2010, n° 09/01566 ; Paris, 14 sept. 2010, n° S 09/05953.

<sup>323</sup> Lyon, 23 oct. 2009, n° 08/07288 ; Toulouse, 1er oct. 2008, n° 07/03894 ; Basse-Terre, 26 nov. 2007, n° 06/00822.

<sup>324</sup> Douai, 30 nov. 2010, n° 1930/10 : accord collectif du 27 sept. 2001 relatif à l'amélioration du dialogue social et son développement ; Lyon, 23 oct. 2009, RG n° 08/07288 : accord sur l'exercice du droit syndical et la prévention des discriminations des représentants du personnel ; Versailles, 7 oct. 2008, n° 07/04039 : avenant n° 1 à l'accord-cadre du 5 avr. 2002 relatif au droit syndical.

<sup>325</sup> C. trav., art. L. 8113-1 s., spéc. C. trav., art. L. 8113-5 : « Les inspecteurs et contrôleurs du travail peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application : 1° Des dispositions des art. L. 1132-1 à L. 1132-4 du Code du travail et de celles de l'art. 225-2 du Code pénal, relatives aux discriminations (...) »

<sup>326</sup> Toulouse, 31 oct. 2008, n° 07/05184 ; Paris, 19 oct. 2010, n° S 07/08643 ; Reims, 24 nov. 2010, n° 09/02996 ; Reims, 24 nov. 2010, n° 09/02998 ; Paris, 28 sept. 2010, n° S 09/08057 ; Paris, 28 sept. 2010, n° 09/08196 ; Paris, 28 sept. 2010, n° 09/08197.

Une fois le litige né, le salarié bénéficie parfois de l'aide du juge pour apporter la preuve qui lui incombe devant le conseil de prud'hommes. La juridiction est, en effet, habilitée à confier, par décision avant dire droit (C. trav., art. R. 1454-1), à un ou deux conseillers rapporteurs la mission de mettre l'affaire en l'état d'être jugée (C. trav., art. L. 1454-1). Certains arrêts font ainsi référence à des échantillons de comparaison élaborés par les soins d'un conseiller rapporteur désigné par le conseil de prud'hommes<sup>327</sup>. Le ou les conseillers rapporteurs disposent à cette fin de pouvoirs d'instruction. Ainsi, en matière prud'homale, « le conseiller rapporteur peut entendre les parties. Il peut les inviter à fournir les explications nécessaires à la solution du litige. Il peut les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous documents ou justifications propres à éclairer le conseil de prud'hommes » (C. trav., art. R. 1454-3).

Le plus souvent, c'est toutefois vers la mesure d'instruction exécutée par un technicien que les juges d'appel se tournent. Parmi le corpus analysé, 11 décisions<sup>328</sup> montrent soit la désignation d'un expert judiciaire, soit l'analyse d'un rapport d'expert<sup>329</sup>. Lorsque les cours d'appel ordonnent des mesures d'expertise, l'intitulé de la mission renseigne sur les recherches qu'elles souhaitent voir mener. De manière remarquable, la formule retenue par la cour d'appel de Paris pour diligenter une expertise est la même que celle énoncée par l'article L. 3221-4 du Code du travail pour caractériser des travaux de valeur égale au sens du principe « à travail égal, salaire égal », et cela alors même que l'application de ce principe n'est pas en cause dans ces affaires : l'expert reçoit « pour mission d'établir la liste des salariés ayant effectué le même travail (...) ou un travail exigeant un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, capacités découlant de l'expérience acquise, responsabilités et charge physique ou nerveuse<sup>330</sup> ». On décèle ainsi, d'une part, l'attraction du régime légal de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes<sup>331</sup> et, d'autre part, l'attraction des définitions légales, lorsqu'elles existent.

Sans préjuger de l'action de la HALDE en amont du procès, on remarquera également qu'au vu des arrêts analysés — tous antérieurs au transfert des attributions de la HALDE au Défenseur des droits —, la HALDE ne semble jouer qu'un rôle mineur dans la constitution des échantillons de référence utilisés par les salariés devant les juridictions pour démontrer des discriminations, alors que la loi de 2004 lui en

---

<sup>327</sup> Versailles, 8 sept. 2010, n° 09/00931 ; Pau, 11 sept. 2008, n° 07/01533.

<sup>328</sup> Paris, 29 sept. 2009, n° S 08/00656 ; Paris, 20 nov. 2007, n° S 07/00337 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02533 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02535 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02536 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02537 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02538 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02539 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02540 ; Toulouse, 30 oct. 2009, n° 06/04896 ; Aix-en-Provence, 8 sept. 2010, n° 08/13399.

<sup>329</sup> Notons également l'occurrence d'une expertise privée : Basse-Terre, 26 nov. 2007, n° 06/00822.

<sup>330</sup> Paris, 20 nov. 2007, RG n° S 07/00337 ; Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02533 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02535 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02536 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02537 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02538 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02539 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02540. La même formulation est retenue par Aix-en-Provence, 8 sept. 2010, n° 08/13399. Comp. cependant Toulouse, 15 janv. 2010, n° 08/05546, qui confie à l'expert la mission de « procéder à la constitution d'un panel de comparaison comprenant des salariés placés dans une situation similaire à celle [du salarié], pour ce qui concerne leur date d'embauche et leur qualification lors de leur entrée dans [la société] ».

<sup>331</sup> Sur ce mouvement, v. J. Porta, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », RDT 2011, n° 5, spéc. p. 293 s.

donnait la faculté<sup>332</sup>. Plusieurs des décisions analysées rejettent purement et simplement l'intervention de la HALDE, au motif qu'elle porterait atteinte aux droits de la défense<sup>333</sup>. La Cour de cassation s'est depuis lors, il est vrai, opposée à cette interprétation<sup>334</sup>. Mais il reste que, dans les arrêts analysés, la saisine de la HALDE est au mieux signalée<sup>335</sup>, sans que son intervention n'ait eu d'incidence évidente sur la preuve, à de rares exceptions près, où une enquête menée par les services de la HALDE a été versée au dossier<sup>336</sup> ou des écritures et des observations à la barre ont été faites par la HALDE<sup>337</sup>. En tout état de cause, il n'apparaît jamais explicitement que la HALDE ait joué un rôle particulier dans la constitution du panel de comparaison.

Pour le reste, c'est au salarié qu'incombe le récolement des informations pertinentes à la constitution d'un panel de référence. La difficulté n'est pas mince pour le salarié, puisque nombre des informations utiles se trouvent entre les mains de l'employeur et ne lui sont pas aisément accessibles. Plusieurs arrêts montrent que les cours d'appel sont sensibles à cette difficulté et admettent parfois que le salarié a rapporté la preuve qui lui incombe lorsque l'employeur disposait d'informations qu'il a refusé de communiquer<sup>338</sup>. L'idée n'est pas que la carence de l'employeur le fait échouer à rapporter la preuve que l'article L. 1134-1 met à sa charge (à savoir prouver « des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »), mais qu'elle conduit le juge à considérer que le salarié a rapporté la preuve qui lui incombe, c'est-à-dire « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ». S'esquisse ici l'idée que le risque de la preuve pèse *in fine* sur la partie qui est la mieux à même de rapporter des éléments de preuve pertinents. Cette idée, présente explicitement dans certains droits étrangers de la preuve<sup>339</sup>, suggère que si glissement il y a dans la charge de la preuve, c'est bien

---

<sup>332</sup> V. not. l'art. 5 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. De même, selon les termes de l'art. 7 du même texte, « la Haute Autorité assiste la victime de discrimination dans la constitution de son dossier (...) ». Voir sur ces prérogatives, M. Miné, « Le discours et l'expertise de la HALDE », in F. Lemaire et B. Gauriau (dir.), *Les discriminations*, Paris, Editions Cujas, 2012, spéc. pp. 120-121.

<sup>333</sup> Neuf décisions de la cour d'appel de Nîmes sont en ce sens : Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03538; Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03540; Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03542; Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03544; Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03545; Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03546; Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03547; Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03548; Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03555.

<sup>334</sup> Soc. 2 juin 2010, Bull. civ. V, n° 124; RDT 2010. 457, obs. E. Serverin et T. Grumbach, JCP S 2010. 1241, note G. Loiseau; Dr. soc. 2010. 992, note J. Mouly; Soc. 16 nov. 2010, JCP S 2011. 1070, obs. P. Rozec et V. Manigot.

<sup>335</sup> Reims, 8 oct. 2008, n° 07/00219 : « La saisine de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations ne saurait, à elle seule, faire préjuger de l'existence d'une discrimination »; Paris, 28 oct. 2010, RG n° S 09/01358; Paris, 28 oct. 2010, n° S 09/05482 : « La HALDE, pour des raisons qui relèvent de son fonctionnement, n'a pas été en mesure de conclure devant la cour »; Versailles, 10 nov. 2010, n° 09/02290.

<sup>336</sup> Paris, 4 sept. 2008, n° S 05/08241 : « Le collège de la HALDE, après enquête diligentée par ses services, a adopté la délibération n° 2007-316 du 26 novembre 2007, qu'elle a transmise à la Cour le 4 décembre 2007. »

<sup>337</sup> Paris, 4 sept. 2010, n° S 07/07628; Paris, 23 nov. 2010, n° S 09/01764.

<sup>338</sup> Paris, 9 oct. 2007, n° S 06/01880; Versailles, 25 nov. 2008, n° 06/03460; Colmar, 14 sept. 2010, n° 09/03249; Paris, 27 sept. 2007, n° S 06/14036; Bastia, 18 nov. 2009, n° 08/00360 : « Le DRH se borne dans la note ci-dessus à des généralités, alors qu'étant nécessairement en possession des dossiers du personnel, il a la possibilité d'apporter toute précision sur les diplômes et les parcours professionnels des salariés retenus en comparaison par Mme X; Que, dès lors, il convient de dire que les éléments présentés par la salariée sont de nature à étayer sa demande. »

<sup>339</sup> Par ex., l'art. 217 de la Ley de enjuiciamiento civil espagnole, consacré à la charge de la preuve, après avoir énoncé classiquement la règle *actori incumbit probatio*, précise dans un septième alinéa que « pour l'application des dispositions des alinéas précédents de cet article, le tribunal devra prendre en compte la disponibilité et la facilité de chaque partie au litige à rapporter la preuve ». Dans une perspective proche, à propos du droit français, v. D. Jacotot, « Effectivité des règles de droit,

plutôt là qu'il faut le rechercher plutôt que dans les dispositions de l'article L. 1134-1 du Code du travail. La jurisprudence récente de la Cour de cassation conforte cette orientation en admettant que les salariés aient recours à l'article 145 du Code de procédure civile pour obtenir communication de la part de l'employeur des éléments en sa possession, sans que celui-ci puisse valablement leur opposer le respect de la vie personnelle des salariés composant l'échantillon de comparaison ou le secret des affaires<sup>340</sup>.

Une fois établi le panel de salariés au regard duquel comparer la situation du requérant, reste à savoir si la situation de ce dernier est bel et bien différente, ce qui laisserait supposer qu'il existe, ainsi que l'énonce l'article L. 1134-1 du Code du travail, « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ».

### ***B : L'existence d'une différence de traitement « suffisante »***

Les cours d'appel ne doivent pas seulement prendre une décision relative à la preuve de l'existence d'une différence de traitement ; elles doivent aussi considérer que cette différence est suffisante pour caractériser une discrimination. Quel degré d'écart entre la situation du requérant et celle des salariés inclus dans l'échantillon de référence caractérise « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination » ?

Poser cette question revient à s'interroger sur un éventuel standard de preuve en droit français. On sait que le droit des États-Unis détermine le degré de conviction qui doit être franchi par le juge pour pouvoir valablement décider qu'un fait est prouvé. En s'en remettant à la libre appréciation du juge (ou à son « intime conviction »), le droit français n'établit pas, quant à lieu, un standard de preuve. Par conséquent, les juges ne trouvent pas d'indication dans la loi leur dictant d'atteindre un certain degré de conviction de l'existence d'une discrimination. Il en résulte, logiquement, que les décisions des juges d'appel n'explicitent pas particulièrement leurs raisonnements à ce sujet. Les cours se bornent à indiquer que le salarié a fourni (ou n'a pas fourni) des éléments « suffisants » pour établir qu'il existe « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ». La cour d'appel de Nancy indique, par exemple : « L'ensemble de ces pièces fait en conséquence suffisamment présumer l'existence de faits de discrimination en rapport avec les activités syndicales du salarié<sup>341</sup> ». Il en va de même, du reste, lorsqu'il s'agit de savoir si l'employeur a présenté « des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Ainsi, la cour d'appel de Toulouse énonce, sans s'en expliquer plus avant, que « l'employeur n'avait pas suffisamment établi en l'état que ses décisions concernant le salarié étaient

---

aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 277.

<sup>340</sup> Soc. 19 déc. 2012, n° 10-20526 et 10-20528 ; D. 2013, p. 1026, obs. J. Porta ; *Semaine sociale Lamy*, n° 1571, 2013, p. 10, obs. A. Marcon ; RJS 3/2013, n° 191 ; JCP S. 2013, 1222, note J.-F. Cesaro.

<sup>341</sup> Nancy, 4 sept. 2009, n° 06/00848. V. égal. : Douai, 30 nov. 2010, n° 10/00847 : « Il résulte suffisamment de tout ce qui précède que [le salarié] a présenté des éléments de fait suffisamment étayés pour laisser supposer l'existence d'une discrimination en raison de son activité syndicale pour la période de 1983 à 2005. »

justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination<sup>342</sup> ».

À y regarder de plus près, et sans surprise, les cours d'appel sont aisément convaincues de l'existence d'une discrimination lorsque le salarié requérant est manifestement plus mal traité que tous les autres salariés appartenant à l'échantillon de comparaison. Ainsi en est-il d'un salarié dont une cour d'appel constate que, « au vu des éléments produits, il apparaît [que le salarié] est effectivement celui qui est le plus mal rémunéré à ancienneté et coefficient d'embauche égal, celui qui a la plus basse qualification à ancienneté et coefficient d'embauche égal et a le coefficient le moins élevé<sup>343</sup> » ou encore que « tous les salariés du panel sont devenus agent de maîtrise avec une ancienneté nettement plus faible que celle [du requérant<sup>344</sup>] (...) ».

La situation est plus incertaine lorsque le salarié est certes moins bien traité que des salariés du panel mais mieux traité que d'autres. Certaines cours d'appel en déduisent que la discrimination n'est pas établie, quand d'autres voient dans le fait pour le salarié de se trouver sous la moyenne de l'échantillon un signe établissant suffisamment la discrimination. Ainsi, dans un arrêt du 7 octobre 2008, la cour d'appel de Versailles calcule la moyenne et la médiane des salaires dans l'échantillon de référence (composé de 104 salariés) pour constater que le salaire du requérant se situait sous l'une et l'autre et en déduire finalement que « ces éléments de fait laissent (...) présumer l'existence d'une discrimination salariale tenant aux fonctions syndicales du salarié<sup>345</sup> ». Ou encore, dans un arrêt du 4 septembre 2009, la cour d'appel de Nancy relève que « [le salarié requérant] figure comme celui percevant un salaire inférieur à la moyenne de l'ensemble de ces salariés embauchés sur la même période sur la base d'un coefficient de base 145, son salaire de base de 1 213,65 € se classant en quatrième position la moins rémunérée, seuls trois salariés étant situés après lui<sup>346</sup> », la moyenne des rémunérations étant ici calculée sur un panel de 11 salariés. Inversement, la discrimination n'est pas établie lorsque la situation de la salariée est jugée « dans la moyenne<sup>347</sup> ».

Il est difficile, en définitive, à la lumière de nos investigations, de déceler des régularités concernant les degrés d'écart propres à caractériser une discrimination, et ce, alors même que cette question a suscité ailleurs d'importants débats<sup>348</sup>. Les missions d'expertise ordonnées par les cours d'appel ne renseignent guère plus sur ce point : l'expert est requis, non seulement pour constituer un échantillon de référence, mais aussi pour « établir une courbe de l'évolution et des augmentations du salaire de base de chacun de ces salariés, une courbe de la moyenne, et la courbe concernant le salarié en cause » et de « comparer l'évolution de ces courbes en mentionnant toutes circonstances particulières utiles (...) » et enfin pour

---

<sup>342</sup> Toulouse, 30 oct. 2009, n° 06/04896.

<sup>343</sup> Toulouse, 19 nov. 2010, n° 09/03740.

<sup>344</sup> Douai, 30 nov. 2010, n° 1930/10.

<sup>345</sup> Versailles, 7 oct. 2008, n° 07/04039.

<sup>346</sup> Nancy, 4 sept. 2009, n° 06/00848.

<sup>347</sup> Orléans, 18 sept. 2008, n° 07/03256 : « [La salariée requérante] se situe dans la moyenne de son coefficient. » V. aussi Reims, 8 oct. 2008, n° 07/00219.

<sup>348</sup> Aux États-Unis, la Commission pour l'égalité des opportunités d'emploi (US Equal Employment Opportunities Commission) retient dans ses lignes directrices un seuil de 80 % : la discrimination est établie lorsque le taux de succès d'un groupe pour remplir une condition est inférieur à 80 % du taux de succès d'un autre groupe (sur ce point, v. S. E. Fienberg (éd.), *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*, op. cit., spéc. p. 91).

« comparer l'évolution de la courbe du salarié en cause avec celles des autres salariés considérés<sup>349</sup> ». La démarche de comparaison est explicite ; le degré d'écart attendu ne l'est pas. Mais, il est plus probable encore qu'une telle quête soit vouée à l'échec, tant les situations procédurales varient, tout comme les modes de preuve employés. Ce qui compte, en définitive, est moins le recours à une arithmétique de la preuve que de convaincre le juge, au moyen d'un faisceau d'éléments, parmi lesquels l'existence d'un écart n'occupe pas une place exclusive.

---

<sup>349</sup> Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02535 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02536 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02537 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02538 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02539 ; Paris, 1er sept. 2009, n° S 08/02540.

## **Chapitre 3 : Usages et mésusages de la discrimination syndicale**

| *Frédéric Guiomard, Ines Meftah*

Le contentieux de la discrimination syndicale est, après le contentieux de l'égalité de rémunération, l'un des fondements les plus mobilisés de l'ensemble de l'étude. Il représente 370 arrêts sur 1538, soit 24%. Malgré sa prééminence au regard des contentieux engagés sur d'autres motifs discriminatoires, il conserve un volume modeste au regard des populations qu'il concerne.

Les discriminations subies par les militants syndicaux demeurent nombreuses, et les salariés qui les subissent disposent de ressources que n'ont pas les autres salariés, que ce soit en terme d'accès aux connaissances juridiques, grâce au soutien des appareils syndicaux, ou d'une moindre crainte des pressions de l'employeur résultant du bénéfice d'un statut protecteur par les salariés qui sont titulaires d'un mandat ou qui se sont portés candidats à des élections.

En conséquence, on peut penser que ces particularités ont conduit à favoriser l'émergence de litiges relatifs aux discriminations sans toutefois générer un contentieux abondant. Il est d'ailleurs à signaler que les représentants syndicaux peuvent faire respecter l'exercice de leurs droits et prérogatives en basant leurs actions en justice sur d'autres fondements que le droit des discriminations, tels que le respect du statut protecteur en cas de licenciement, et l'entrave à l'exercice des prérogatives. Les contentieux sur les discriminations sont donc loin d'épuiser les contentieux que peuvent engager les représentants du personnel contre leur employeur.

Les arrêts compris dans l'échantillon étudié sont loin d'être homogènes, mais les statistiques laissent apparaître certaines régularités. Celles-ci concernent d'abord les plaideurs. Ceux-ci présentent des caractéristiques qui reflètent la composition des militants syndicaux, que ce soit au travers d'une très nette domination de la gent masculine parmi les demandeurs (280 sur 370), la prédominance de certains secteurs d'activités, en particulier les services et l'industrie qui représentent respectivement 108 et 104 arrêts sur 370, enfin, une surreprésentation des catégories professionnelles de cadre et d'ouvriers dont 119 arrêts pour ces derniers. Ces salariés sont pour la plupart employés en CDI (à l'exception de 14 d'entre eux) et disposent d'une ancienneté relativement importante. En outre, les demandeurs sont majoritairement investis d'un ou plusieurs mandats puisqu'ils sont à l'origine de 296 arrêts. Particularité intéressante, ces litiges sont pour beaucoup souvent conduits par des salariés qui sont encore dans l'emploi dans l'entreprise au moment de l'appel (103 arrêts sur 370), ce qui montre que la protection conférée par le mandat facilite le recours à l'action en justice en cours d'emploi.

Au-delà de ces caractéristiques générales, les litiges observés présentent une grande variété d'objets, ce qui rend difficile l'élaboration de typologies. Un premier clivage se dessine entre les litiges suivant qu'ils confèrent une place principale ou secondaire à la discrimination syndicale dans la construction du litige. Toutefois, nous verrons que ce clivage est loin d'être significatif dans la mesure où la ligne de partage entre la discrimination syndicale et d'autres fondements juridiques est poreuse car sous couvert de discrimination syndicale, c'est parfois un harcèlement moral ou une atteinte à l'égalité de traitement en matière de salaire qui est invoquée.

Aussi, eu égard à l'éclatement du contentieux et la difficulté parfois rencontrée à identifier

clairement le fondement juridique mobilisé, nous avons privilégié une étude de quelques séries d'arrêts ou de sous échantillons qui illustrent la variété des configurations contentieuses. Quatre facteurs peuvent être isolés afin de mieux comprendre les actions menées sur le fondement de la discrimination syndicale : les litiges individuels construits collectivement (section 1) les litiges en contestation du licenciement (section 2), les arrêts dans lesquels il existe un porosité de la ligne de partage avec le harcèlement moral ( section 3), enfin, les litiges dans lesquels la discrimination syndicale se mêle étroitement avec les questions d'égalité de traitement (section 4).

### **Section 1 : Les litiges individuels construits collectivement : des litiges ayant pour objet exclusif la discrimination syndicale**

Les litiges individuels construits collectivement regroupent les collections d'arrêts en série portés par l'action en justice individuelle, mais élaborés dans le contexte d'une mobilisation collective, sur le fondement d'une démonstration similaire. Ces affaires sont immédiatement identifiables, car chacune des décisions est traitée de manière similaire aux autres, le défendeur est le même et la date de l'arrêt est similaire.

Onze séries ont été identifiées dans l'échantillon étudié, concernant un total de 53 arrêts (Figure 31 ci-après).

*Figure 31 : Tableau des séries de discrimination syndicale*

<b>Nom de la Société</b>	<b>Nbre d'arrêts par série</b>	<b>Cour d'Appel</b>	<b>Date</b>
Aubert et Duval	10	Riom	30-oct-07
Peugeot Citroën Automobile (PCA)	9	Versailles	09-sept-10
SAS Charlex industrie	7	Bordeaux	08-sept-09
Alcatel Lucent	6	Paris	28-sept-10
FNAC	6	Paris	1-sept.-09
Total Raffinage Marketing	3	Rouen	26-oct-10
Fralib	3	Versailles	15-oct-09
EADS Sogerma	3	Bordeaux	28-sept-10
Auchan	2	Aix en Provence	18-nov-09
BM Alsace	2	Colmar	13-oct-09
Servair II	2	Paris	30-oct-08

A l'intérieur de ce sous-échantillon, deux séries de décisions illustrent de façon particulièrement intéressante à la fois la manière dont sont construits des litiges ayant pour objet exclusif la discrimination syndicale, et la manière dont les litiges prud'homaux peuvent s'appuyer sur des stratégies d'action collective. La première série est composée de 9 arrêts de la Cour d'Appel de Versailles rendus le même jour, en l'occurrence le 9 septembre 2010, contre la SA Peugeot Citroën Automobiles (siglée PCA dans l'arrêt) et la seconde de 6 actions intentés par des salariés d'Alcatel Lucent et rendus le 28 septembre 2010.

Ces litiges présentent des caractéristiques communes : ils sont intentés par des ouvriers qualifiés de type industriel (12 salariés sur 15) ou par des techniciens (3 salariés sur 15), lesquels sont majoritairement investis de mandats multiples (13 salariés sur 15). En outre, l'ensemble des salariés composant les deux séries ont obtenu gain de cause pour des montants de dommages et intérêts relativement importants allant de 20 000 à 202 000 € avec une moyenne de 37 222 € pour la première série et 122 000 € pour la seconde. A cet égard, ces arrêts constituent le modèle d'une stratégie syndicale gagnante dans le traitement des affaires de discrimination syndicale.

1- La première série, concernant la SA PCA est composée de 9 arrêts<sup>350</sup>, et présente un intérêt particulier au regard du contexte procédural dans lequel elle s'est développée et de la construction stratégique sur laquelle elle repose.

Avant d'entrer dans le détail de ces affaires, il convient de les replacer dans leur contexte historique. La société Citroën (devenue plus tard Peugeot Citroën automobile SA) a connu une longue histoire de répression syndicale<sup>351</sup>, notamment contre les militants CGT, lesquels ont dès 1996 intenté une action en justice devant le juge des référés pour faire reconnaître qu'ils étaient victimes de discrimination syndicale. C'était la première fois que ce fondement était invoqué et déclaré recevable devant le juge des référés, qui analysa la discrimination syndicale comme un trouble manifestement illicite et condamna l'employeur au paiement de provisions sur dommages et intérêts<sup>352</sup>. Ces arrêts ont eu des répercussions au-delà du cercle des salariés demandeurs puisque l'entreprise consentait à signer un accord collectif ayant pour objet le repositionnement de 169 salariés victimes de discrimination syndicale. Cet accord, semble-t-il, ne mit pas fin au différend qui opposait les militants syndicaux. Des salariés non couverts par l'accord (ou bénéficiant de réparations qu'ils considéraient comme insuffisantes), s'estimant lésés dans le déroulement de leurs carrières intentèrent de nouvelles actions quelques années plus tard.

Dans la série étudiée<sup>353</sup>, 9 ouvriers qualifiés de l'établissement de Sochaux, militants de la CGT, ont saisi le juge des référés afin de faire reconnaître qu'une discrimination syndicale avait nui au bon déroulement de leurs carrières respectives. Le juge des référés les déboutait de leurs demandes en première instance, décision réformée par un arrêt du 4 octobre 2005 de la cour d'appel de Versailles. La Cour jugeait que les salariés avaient été victimes de discrimination syndicale pendant plus d'une vingtaine d'années, et accordait à ce titre une indemnité provisionnelle.

C'est fort de ce succès que les salariés ont présenté leurs demandes devant les juges du fond. Ils obtinrent

---

<sup>350</sup> Versailles, 9 septembre 2010, n°s 08/02549, 08/02548, 08/02547, 08/02546, 08/02545, 08/02544, 08/02543, 08/02542, 08/02541.

<sup>351</sup> Marcel Caille, « L'assassin était chez Citroën », Ed sociale. 1978.

<sup>352</sup> Pour une analyse plus fine de l'arrêt de la Cour d'Appel, voir Dr.ouvr. 1997, p.224, note J.M Verdier.

<sup>353</sup> L'analyse de cette série s'appuie également sur la consultation de l'ensemble du dossier auquel Marie-Laure Dufresne-Castets et Pascal Moussy ont bien voulu nous donner accès, nous les en remercions.

gain de cause sur le principe mais la satisfaction ne fut que partielle du point de vue du montant des réparations.

La série des décisions de la Cour d'appel de Versailles est particulière au regard de la construction stratégique du procès, notamment le choix des fondements de l'action, sur la preuve de la discrimination syndicale et sur les mesures contestées. En effet, les sommes réclamées par les demandeurs pour sanctionner la discrimination syndicale constituée par une stagnation de carrière, ne l'étaient pas au titre des salaires, mais des dommages et intérêts. Ce glissement de l'un à l'autre n'est pas anodin à deux égards. Il permet d'abord, fort habilement, de contourner la prescription quinquennale qui s'applique en matière de salaires au profit d'une prescription trentenaire. Il autorise ensuite à faire échapper les sommes concernées aux prélèvements sociaux et fiscaux pratiqués sur les salaires. Du côté des règles de preuve, la démonstration des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale constitue toujours une étape difficile à franchir, par l'exigence qu'elle emporte d'une comparaison entre la rémunération des demandeurs et celle d'autres salariés. Les arrêts étudiés avaient pour particularité de porter sur une comparaison entre les rémunérations des militants de la CGT et celles de salariés appartenant à un syndicat « *maison* »<sup>354</sup> embauchés à la même période, titulaires des mêmes diplômes, mais qui avaient pu bénéficier, grâce notamment à des formations nombreuses, de promotions et de revalorisations de carrière. En faisant droit à une telle demande, la Cour montre l'importance du choix des comparants dans les panels lorsque le litige a véritablement pour objet une discrimination syndicale : la comparaison gagne en persuasion si elle porte sur des salariés de tendances syndicales différentes. Enfin, du côté des mesures contestées, les salariés ne se sont pas limités à établir un retard dans leur carrière, mais ils ont pu prouver que leur préjudice s'étendait à l'absence de toute formation qualifiante qui aurait pu permettre une évolution de carrière. La Cour fait pleinement droit à cette demande en notant « *l'absence de toute promotion professionnelle de M. K... de 1965 à 1994, la faible inscription de son employeur à des formations valorisantes et l'absence de présentation nouvelle à des épreuves d'essais professionnels jusqu'au départ de l'entreprise caractérisent une disparité de traitement qui est sans justification* ». Ce qui conduit la Cour d'appel de Versailles à reconnaître la discrimination syndicale et condamner la société PCA à des dommages et intérêts dans une fourchette comprise entre 20 000 et 50 000 euros.

2- La seconde série d'arrêts, rendus le 28 septembre 2010<sup>355</sup>, opposait la société Alcatel Lucent à six militants syndicaux, trois ouvriers qualifiés et trois techniciens syndiqués sous l'étiquette CGT. Ces salariés s'estimaient lésés dans leurs carrières en raison de pratiques discriminatoires de l'employeur. Dans le même temps le syndicat CGT et l'inspecteur du travail intervenaient auprès du directeur de l'établissement pour dénoncer plusieurs discriminations syndicales, et l'inspecteur du travail invitait l'entreprise à remédier à cette situation.

Devant le refus de l'employeur de réévaluer l'évolution de carrière de certains salariés, l'un d'eux faisait parvenir des éléments comparatifs à l'inspecteur du travail qui les considérait pertinents et demandait à la société Alcatel de lui « *communiquer les éléments (date d'entrée, diplôme, formation, évolution salariale) lui ayant servi de comparaison pour étayer son argumentation sur la non-discrimination.* ».

---

<sup>354</sup> Cela ne ressort pas de la lecture des arrêts mais de la consultation des écritures des demandeurs

<sup>355</sup> Paris, 28 septembre 2010. n°s 09/08057, 09/08198, 09/08199, 09/08196, 09/08197, 09/08200.

L'employeur consentait alors à opérer un repositionnement limité, sans toutefois reconnaître la discrimination syndicale et sans réparer entièrement la distorsion entre l'un des salariés syndiqués et les autres.

Par la suite, l'employeur demanda à l'inspection du travail l'autorisation de licencier les élus et mandatés qui n'avaient pas adhéré à une pré-retraite. Cette demande fut refusée au motif que les tentatives de reclassement étaient demeurées infructueuses en raison des mandats dont étaient investis les salariés et l'employeur finit par reclasser ceux qui ne quittèrent pas l'entreprise pour une pré-retraite. Face à la persistance des pratiques discriminatoires, six salariés intentèrent une action en justice sur le fondement de la discrimination syndicale pour voir reconnaître une distorsion dans l'évolution de leurs carrières. La Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT intervenait alors volontairement à la présente instance, le ministère public faisant connaître son avis.

L'intervention de ces différents protagonistes a été déterminante dans cette affaire, en particulier celle l'inspecteur du travail qui est parvenu à produire un panel de référence pour comparer les évolutions de carrière des salariés à partir des éléments communiqués par les parties. Cette comparaison le conduisit à refuser l'autorisation de licenciement des salariés n'ayant pas adhéré à une convention de pré-retraite au motif que les efforts de reclassement n'étaient pas entrepris pour les syndicalistes CGT titulaires de mandats.

La Cour d'Appel de Paris, condamne l'employeur qui n'apportait pas d'élément susceptible de démontrer l'absence de discrimination : *« aucune cause disciplinaire ou professionnelle [ne justifiait] le gel de la carrière de Mme L... et la stagnation de sa rémunération au plus bas de sa catégorie, l'attitude de refus du chef d'établissement quant à son reclassement et de sa formation »*.

Ces deux séries d'arrêts illustrent toute la richesse et la finesse de l'arsenal juridique susceptible d'être déployé pour faire reconnaître la discrimination syndicale. Elles montrent aussi toute la complexité de la mobilisation des règles sur les discriminations syndicales : les stratégies d'action ne paraissent véritablement gagnantes que dans le cadre de ces séries de décisions qui ont exigé l'action de nombreux salariés et la mobilisation d'acteurs multiples (syndicats, inspection du travail, ministère public). De plus, ces décisions apparaissent relativement isolées au regard du reste du contentieux syndical, où le motif syndical des discriminations subies est moins clairement établi.

## **Section 2 : L'invocation des discriminations syndicales à l'occasion des litiges sur la contestation de la rupture du contrat de travail**

Notre second sous-échantillon regroupe les salariés qui contestent principalement leur licenciement, tout en invoquant la discrimination syndicale, ce qui représente 80 arrêts sur 370, soit 21,6 % du contentieux de la discrimination syndicale.

Sur ces 80 arrêts, 55 concernent des demandes visant à contester la cause réelle et sérieuse du licenciement, que celui-ci ait été prononcé pour un motif personnel ou pour un motif économique et 25 arrêts tendant à obtenir la nullité du licenciement. Parmi les 55 arrêts portant contestation de la cause réelle et sérieuse du licenciement, 44 arrêts traitent du licenciement pour motif personnel, contre 11 pour un motif économique. S'agissant des 25 arrêts portant sur la nullité du licenciement, 21 portent sur la nullité du licenciement pour motif personnel, tandis que 4 arrêts portent sur le licenciement pour motif économique.

Cet ensemble d'arrêts se compose de litiges très disparates qui présentent peu de similarités, mais illustrent tous une faible mobilisation du régime juridique propre aux discriminations syndicales.

Le principal apport des règles relatives aux discriminations syndicales, lorsque les litiges portent sur la contestation de la rupture du contrat de travail, est de permettre le prononcé de la nullité de la rupture, que ce soit sur le fondement du respect des règles générales sur les discriminations (Art. L. 1132-4 C. Trav.) ou de celui de la violation du statut protecteur des salariés protégés (Art. L. 2421-1 C. Trav.). La vigueur de cette sanction, qui permet aux salariés licenciés de réclamer leur réintégration dans l'entreprise, constitue le trait distinctif du régime des licenciements discriminatoires au regard de celui connu par le droit commun du licenciement. Il apparaît pourtant que cette particularité ne fonde qu'une minorité d'actions en justice, puisque sur les 80 arrêts composant l'échantillon portant sur la contestation du licenciement, seuls 21 portent sur la nullité du licenciement pour motif personnel, ce qui représente à peine 26 % des contestations sur le licenciement.

Ainsi, 74 % des litiges sur la contestation du licenciement qui invoquent la discrimination syndicale ne mobilisent pas le régime juridique de la discrimination syndicale dans toute sa subtilité et relèguent le débat au second plan. La discrimination syndicale se voit alors invoquée soit comme un moyen au soutien d'une prétention, comme l'objet d'une demande secondaire, soit comme un moyen à l'appui d'une demande secondaire, dont les demandeurs ne tirent pas toutes les conséquences du régime juridique. Ces litiges présentent dès lors une configuration fort peu éloignée de celle connue par les licenciements pour motif personnel. La discrimination syndicale, dans ces affaires n'a alors pour seule vertu que de permettre de caractériser l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement : la cause du licenciement peut être déclarée injustifiée si elle réside dans un motif discriminatoire de l'employeur.

Parmi un contentieux relativement varié, un exemple permet d'illustrer la manière dont peuvent se combiner ces règles protectrices du licenciement et celles relatives aux discriminations syndicales. Dans un arrêt du 14 septembre 2010 de la Cour d'appel de Riom<sup>356</sup>, un salarié de la société Goodyear avait été licencié pour faute grave pour avoir été trouvé en état d'ébriété avancée sur le lieu de travail. L'employeur invoquait les risques que faisait peser un tel comportement sur la santé et la sécurité du personnel. Le salarié réclamait ici des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et n'avait invoqué la discrimination syndicale que dans le but de montrer que le licenciement était injustifié en raison du fait que d'autres salariés avaient précédemment fait l'objet de sanctions moins lourdes pour des questions qu'il estimait comparable. La Cour d'appel rejette cet argument en se fondant sur la différence des situations, les salariés en question n'ayant été sanctionnés que pour avoir introduit de l'alcool dans l'entreprise. L'invocation de la discrimination ne sert donc en cette hypothèse qu'à caractériser l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement et ne prend pas appui sur le régime spécifique de la discrimination syndicale. Pour autant, elle n'est pas dénuée d'intérêt car elle permet d'introduire, au sein des litiges sur les licenciements disciplinaires l'idée d'une appréciation de la cause réelle et sérieuse en contemplation de la situation faite à d'autres salariés, alors que la jurisprudence prend soin de laisser à l'employeur un pouvoir d'individualiser les sanctions prononcées<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> Riom, 14 septembre 2010, n° 01/01382

<sup>357</sup> Soc. 15 mai 1991, Bull. Civ. V, n°236 ; pour une invocation des discriminations à l'encontre du pouvoir d'individualiser les sanctions cf. Crim. 7 fév. 1989, Dr. soc. 1989. 504 obs. J. Savatier.

### Section 3 : Porosité de la ligne de partage entre la discrimination syndicale et le harcèlement moral

Notre troisième sous échantillon se compose des arrêts pour lesquels le fondement de l'action juridique n'est pas clairement identifié nonobstant une invocation de la discrimination syndicale plus ou moins précise suivant les cas. Cet échantillon se compose de 30 arrêts sur 370, lesquels représentent 8 % de l'échantillon sur la discrimination syndicale.

Si ce sous-ensemble ne constitue qu'une part résiduelle de notre analyse relative à la discrimination syndicale, elle n'en demeure pas moins intéressante sur le plan des catégories juridiques. En effet, sur le plan juridique, les notions de discrimination et de harcèlement sont indépendantes l'une de l'autre. A ce titre, il ressort de l'article L 1132-1 du Code du travail que la discrimination syndicale se définit comme une prise en compte des activités syndicales ou mutualistes par l'employeur pour arrêter toute décision concernant le salarié qu'il s'agisse notamment d'un recrutement, de l'accès à un stage, une formation, une mesure disciplinaire ou un licenciement. Le harcèlement moral est défini quant à lui par l'article L 1152-1 du Code du travail comme « *des agissements répétés (..) qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». Il s'agit donc de qualifications juridiques distinctes qui obéissent chacune à un régime juridique différent. Pourtant, le sous-échantillon observé laisse apparaître une porosité directe ainsi qu'une porosité indirecte de la ligne de partage entre les deux fondements juridiques.

La porosité indirecte de la ligne de partage entre la discrimination syndicale et le harcèlement moral est consommée dès lors que les deux fondements sont invoqués distinctement mais simultanément afin de pallier une carence dans l'administration de la charge de la preuve de l'un ou l'autre fondement. Dans cette configuration, il s'agit de renforcer une démonstration fragile en lui ajoutant une autre qui l'est également, sans que l'une ne prenne définitivement le pas sur l'autre.

La porosité directe de la ligne de partage apparaît à la lecture des arrêts, dans la mesure où il n'est pas possible de distinguer clairement la discrimination syndicale du harcèlement moral si bien qu'une nouvelle catégorie sui-generis voit le jour : « *le harcèlement discriminatoire* ». Cet échantillon trouve son illustration la plus significative dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 23 Novembre 2010<sup>358</sup>. En l'espèce, un salarié accompagné par la HALDE saisissait le Conseil de Prud'hommes de Paris afin de faire reconnaître, entre autres, une discrimination syndicale et un harcèlement moral.

La reformulation des demandes par la Cour est assez significative puisque l'expression « harcèlement moral » n'est pas mentionnée, mais remplacée par une référence à la discrimination syndicale accompagnée d'un préjudice moral : « *Le 3 février 2006, M. L..., toujours en poste, a saisi le conseil de prud'hommes de Paris de demandes en paiement de rappel de salaires, d'heures supplémentaires, d'indemnité pour travail dissimulé et de dommages et intérêts pour discrimination syndicale et réparation de son préjudice moral.* »

Néanmoins, l'évocation du jugement rendu en première instance comprend quant à elle les deux fondements : « *Par jugement du 17 novembre 2008, le conseil de prud'hommes de Paris en sa formation de départage, a notamment reçu la Halde en son intervention et jugé que M. L... apportait des éléments*

---

<sup>358</sup> Paris, 23 novembre 2010, n° 09/01764

*de nature à accréditer une discrimination, un harcèlement moral, et l'absence de fourniture de moyens d'adaptation au poste'. »*

Dans le corps de l'arrêt, le fondement juridique est clairement identifié, puisque la décision est rendue au visa des articles L1152-1 et L1152-2 du code du travail. Toutefois, une analyse plus poussée de la décision laisse apparaître une incohérence entre le visa et le résultat de la décision qui déboute le salarié de sa demande sur le fondement de la discrimination syndicale et lui donne raison sur celui du harcèlement moral alors même que la démonstration reprise par la Cour est constitutive d'éléments de faits laissant supposer l'existence discrimination syndicale conformément à une jurisprudence fermement établie de la Cour de cassation<sup>359</sup> : *« Considérant aussi que M. L... n'a pas eu d'entretien pour les années 2002, 2003, 2004 et 2005 ; que la société NISCAYAH, confrontée à un manque quasi total de résultat commercial au cours de l'année 2006 (2% des objectifs au 23 octobre 2006), a organisé tardivement un entretien; que s'il a été fait un compte-rendu sérieux de cet entretien dans un courrier du 9 novembre 2006, son caractère tardif n'a pu redresser la situation d'enfermement de M. L...; que son niveau d'isolement ne lui permettait plus une remise en question de ses relations avec ses collègues de travail comme l'y invitait la directrice de région, Mme D...».*

L'observation de ce sous-échantillon montre ainsi le caractère très malléable des qualifications de harcèlement et de discrimination. Cette porosité nous conduit à nous interroger sur d'autres glissements possibles, notamment avec les règles d'égalité de traitement.

#### **Section 4 : Symbiose entre discrimination syndicale et égalité de traitement en matière de rémunération et de carrière**

L'observation de l'échantillon des 370 arrêts relatifs à la discrimination syndicale, laisse apparaître un autre sous-échantillon composé de 42 arrêts soit 11,3 % des arrêts dans lesquels les fondements juridiques entre la discrimination syndicale et l'égalité de traitement se mêlent étroitement.

En effet, la jurisprudence distingue très nettement les contestations portant sur les discriminations et celles se rapportant à l'égalité salariale, depuis un arrêt du 27 octobre 1999<sup>360</sup>, ce qui a conduit un auteur à souligner que *« les premières interdisent d'effectuer des différences entre les individus pour des raisons que le droit prohibe »* tandis que *« Les secondes conduisent à exiger un traitement identique pour des situations déterminées par le droit, sauf à pouvoir justifier de raisons objectives matériellement vérifiables »*<sup>361</sup>. De plus, la discrimination syndicale peut être établie en dehors de toute opération de comparaison conformément à une décision de principe rendue par la Cour de cassation le 10 novembre

---

<sup>359</sup> La Chambre Sociale de la Cour de cassation a posé le principe suivant lequel l'absence d'entretien d'évaluation était de nature à priver le salarié d'une possibilité de promotion professionnelle et laissait ainsi supposer l'existence d'une discrimination liée à l'exercice de fonctions syndicales (Soc. 24 octobre 2012 n° 11-13.315)

<sup>360</sup> Voir Soc., 27 octobre 1999, Bull. 1999, V, n° 422, n° 98-40.769, Dr. Soc. 2000, note G. Couturier et Soc., 5 juillet 2005, Bull. 2005, V, n° 231, n° 03-44.281.

<sup>361</sup> M. Sweeney. L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges. Thèse préc., p 18

2009<sup>362</sup>, laquelle énonce que : « *L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés* », alors que l'égalité de traitement en matière de salaires ne saurait se concevoir sans une opération préalable de comparaison seule susceptible de révéler une distorsion de traitement.

Pourtant, en matière de discrimination syndicale il existe un nombre significatif d'affaires dans lesquelles ce fondement se mêle à celui de l'égalité de traitement. Dans cette configuration, il ne s'agissait pas seulement pour les demandeurs d'apporter comme moyen de preuve à l'appui d'une action en justice portant sur la discrimination syndicale, une comparaison avec les autres salariés parmi d'autres éléments susceptibles de caractériser l'existence d'une discrimination comme c'est le cas dans les séries PCA ou Alcatel mais de fonder cette démonstration sur la seule comparaison. Ici, la référence à l'activité syndicale, propre aux discriminations syndicales, est à peine évoquée pour laisser place à de vastes comparaisons entre les salariés. En effet, cette comparaison vise à déterminer une évolution de carrière moyenne à laquelle le salarié investi d'un mandat aurait été privé en raison de ses activités syndicales ou mutualistes. Outre le fait qu'il repose sur une confusion entre la notion d'égalité de traitement et de discrimination syndicale, ce raisonnement méconnaît le principe même de discrimination syndicale car il ne repose pas sur la démonstration d'éléments de rétorsion à l'égard de cette liberté mais sur l'absence d'évolution de carrière conforme à la moyenne, en oubliant au passage qu'une moyenne n'exclut absolument pas des résultats supérieurs ou inférieurs. D'ailleurs, si cette confusion a pu au départ perturber certains employeurs, il apparaît de plus en plus que ces derniers se sont adaptés et qu'ils apportent à l'appui de leurs démonstration d'absence de discrimination un contre-panel, cristallisant ainsi le débat autour de ceux qui doivent être inclus ou exclus du périmètre de référence. Ce déplacement du centre de gravité du débat de la discrimination syndicale vers l'égalité de traitement s'opère au détriment de la discrimination syndicale ainsi que l'illustre une affaire<sup>363</sup>. Un salarié se prévalait ici, selon une formulation significative employée par la Cour d'appel de Paris « tant d'une discrimination syndicale que d'une rupture d'égalité de traitement ». La Cour, se référant à l'article L. 3221-2 (égalité salariale entre les hommes et les femmes), statue sur la différence de traitement faite à la salariée sans s'interroger ni sur l'incidence son activité syndicale ni sur l'attitude de l'employeur à l'égard des représentants syndicaux. Elle conclut qu'elle a acquis « la conviction que Mme K. n'a subi aucune discrimination syndicale, la stagnation de sa carrière procédant de son manque d'autonomie et de validation de son expérience, de l'absence de travaux complexes et d'élaboration de protocoles et synthèses ».

L'analyse de ces affaires montre ainsi la proximité qui unit les litiges sur les discriminations syndicales et ceux sur l'égalité de traitement, quitte à faire perdre leur particularité aux premiers.

---

<sup>362</sup> Soc. 10 nov.2009. SSL. 2009, n°1422. p12.

<sup>363</sup> Paris, 19 octobre 2010, n° 07/08643



## **Synthèse conclusive : les discriminations et l'égalité en matière sociale au filtre de l'action judiciaire**

*Evelyne Serverin*

Le cadre politique d'observation et de réforme des dispositifs dédiés à la lutte contre les discriminations et pour l'égalité est marqué par le discours de l'ineffectivité et de l'inefficacité. Les études et rapports ne manquent pas de souligner le contraste entre la multiplication des règles prohibant les discriminations et promouvant l'égalité, et la persistance (voire l'accroissement), des inégalités de toute sortes, notamment des salaires et des positions, et singulièrement des femmes par rapport aux hommes. Cet argument est avancé au soutien de multiples réformes, qu'il s'agisse de faciliter le recours au tribunal, de doter les institutions de nouveaux pouvoirs d'action, d'élever le niveau des sanctions, voire d'allonger la liste des cas de discrimination pour combler les lacunes supposées des textes<sup>364</sup>.

Un tel procès en ineffectivité ou inefficacité du droit des discriminations repose sur une conception implicite, mais discutable, de l'effet causal des règles. On suppose en effet que c'est l'insuffisance des règles dédiées, ou leur non-application, qui est à l'origine des *inégalités socio-économiques observées*, et qu'il suffirait d'adapter ces règles et d'en faire la pédagogie pour corriger ces différences. Cependant, pour pouvoir établir un tel effet causal, il serait nécessaire de démontrer qu'un dispositif donné est *susceptible d'agir sur un certain ordre de faits*, en isolant son effet propre sur l'ordre économique et social. Il est loin d'être certain à cet égard que les inégalités, mesurées au sein des sociétés qui posent en principe constitutionnel l'égalité en droit, aient leur source dans les discriminations, et puissent être utilement combattues par la proclamation de droits fondamentaux et la menace de sanctions. La leçon wébérienne sur la nécessité de distinguer les points de vue juridique et sociologique, doit ici nous mettre en garde contre la tentation de tirer des inférences causales à partir de la simple *description de règles*, même tirées de l'interprétation donnée par les cours suprêmes à partir de cas concrets.

Si on ne peut tirer aucune conclusion empirique des seuls énoncés juridiques, il est possible d'en mesurer la portée pratique, en observant le jeu des règles *en situation*. Toute observation est nécessairement circonscrite à un périmètre d'action donné, dans la mesure où les règles et principes sont susceptibles d'être mobilisés dans de multiples contextes.

L'étude que nous avons réalisée est ainsi triplement circonscrite : elle porte sur une des formes

---

<sup>364</sup> En témoignent les exposés des motifs des deux dernières propositions de loi déposées sur le sujet. La proposition n°811 déposée au sénat le 25 juillet 2013 « visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités » cite diverses études faisant état de différences de salaires femmes-hommes et de l'existence d'un sentiment de discrimination, pour conclure que « dès lors, se pose la question de savoir quelle est l'effectivité de la prohibition des discriminations ». La proposition de loi concurrente d'octobre 2013 déposée devant l'Assemblée nationale et « instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités » développe les statistiques sur les inégalités en raison de l'origine et du sexe et en conclut que « c'est donc la question de l'effectivité de l'interdiction des pratiques discriminatoires qui se pose ».

possibles de mobilisation des règles, leur invocation devant les tribunaux ; elle retient une portion de cette activité, celle qui se déroule devant les cours d'appel de l'ordre judiciaire ; elle focalise l'attention sur un type de contentieux, le contentieux social, largement entendu comme intégrant le droit du travail et la protection sociale.

La démarche d'analyse s'est déroulée en plusieurs étapes. L'établissement d'une cartographie des textes a constitué un préalable pour définir l'horizon des actions (I). Les actions ont ensuite été saisies dans leur dimension judiciaire, par la constitution d'un corpus d'arrêts tirés d'une base de données exhaustive des arrêts d'appel, la base JURICA. Le traitement systématique de ce corpus a permis d'identifier les choix d'action, et de montrer que l'ordre juridique empirique est sensiblement différent de l'ordre classificatoire proposé par la jurisprudence et la doctrine (II) L'analyse a ensuite été approfondie sur des points spécifiques, d'ordre thématique (le genre, la discrimination syndicale), et méthodologique (l'action de comparaison), permettant d'identifier différentes trajectoires d'action (III). De ces résultats, nous pouvons tirer des pistes de réflexion sur la formation de collectifs dans l'exercice de ces actions (IV).

## **I : Les référentiels normatifs des discriminations et de l'égalité**

Pour rendre compte de la vie des normes dédiées aux discriminations et à l'égalité en matière sociale, il faut disposer au préalable d'un référentiel normatif, dont la construction a fait l'objet d'une étude spécifique. Ce référentiel est marqué par une spécialisation des textes, selon qu'il s'agit d'égalité, ou de discrimination. La coexistence de ces catégories soulève des questions à la fois juridiques et pratiques.

### **A : L'égalité, un principe aux multiples visages**

L'égalité s'exprime d'abord au travers de différents principes, principe d'égalité, principe d'égalité de traitement, principe « à travail égal, salaire égal », etc. Par leur généralité, ces principes appellent un important travail d'agencement et d'interprétation des textes, qui se traduit par une abondante littérature.

Ces principes s'expriment également dans des dispositions particulières : par exemple, les salariés en contrat à durée déterminée doivent percevoir une rémunération qui « *ne peut être inférieure au montant de la rémunération que percevrait dans la même entreprise, après période d'essai, un salarié bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée de qualification professionnelle équivalente et occupant les mêmes fonctions* »<sup>365</sup>. Certaines règles d'égalité de traitement ne disent pas leur nom : l'article L.1233-5 C.trav. énonce les critères que l'employeur doit prendre en compte dans la fixation de l'ordre des licenciements, lui prescrivant ainsi d'appliquer les mêmes règles de sélection pour déterminer les salariés

---

<sup>365</sup> Article L.1242-15 du Code du travail, qui vaut transposition de la directive 1999/70 du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. Des règles d'égalité similaires existent pour les salariés de travail temporaire et à temps partiel.

qui seront licenciés.

Il n'est pas aisé de déterminer lequel de ces fondements est le plus pertinent pour fonder une action en justice, d'autant que les sources sont diverses. Certaines expressions de l'égalité ont une valeur constitutionnelle. D'autres sont d'origine européenne (Conseil de l'Europe ou Union européenne) ou simplement législatives. Choisir le fondement adéquat pour débattre des inégalités nécessite une maîtrise de la hiérarchie et de l'articulation entre les normes, notamment pour pouvoir « jouer » des règles. En particulier, les expressions de l'égalité en droit constitutionnel ou européens peuvent être utilisées pour *écarter* des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles, ce qui contribue à « construire » le droit, et pas seulement à l'appliquer<sup>366</sup>. L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, considérant que l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes s'oppose à une législation réservant aux femmes le bénéfice de bonifications de pension de retraite pour enfants, est un bon exemple de ce jeu de règles<sup>367</sup>.

### **B : Les discriminations, une énumération sans fin**

La diversité des textes sur la discrimination est inhérente à sa construction, qui est d'interdire la prise en considération de certaines caractéristiques des personnes pour fonder une décision. La non-discrimination a souvent été présentée comme « l'envers » ou le revers « négatif » de l'égalité. Si les dispositifs antidiscriminatoires puisent indéniablement leurs racines dans l'*idée* d'égalité, ils présentent la nouveauté de s'attacher aux *motifs* du détenteur du pouvoir dans l'exercice de ses fonctions. Les règles s'énoncent critère par critère, sans se présenter sous forme de principe, donnant lieu à une réglementation particulièrement proluxe.

Si certains motifs et les règles qui leur sont attachés sont connus, beaucoup d'autres n'ont pas fait l'objet de jurisprudence et restent encore à préciser. Le rayonnement du droit antidiscriminatoire s'est accéléré ces vingt dernières années tant du point de vue des domaines (du droit pénal, au droit du travail, au droit de la santé et de l'environnement) que des motifs. Cette accélération rend plus difficile la compréhension d'ensemble du droit antidiscriminatoire et donc sa mobilisation devant les juges.

### **C : Une multiplicité de niveaux hiérarchiques**

Les juges suprêmes tendent à poser des distinctions nettes entre les principes relatifs à l'égalité, chacun disposant d'une définition propre, et d'un contrôle particulier. La coexistence de listes différentes

---

<sup>366</sup> Cette question a été traitée dans le chapitre spécifique sur le genre.

<sup>367</sup> CJCE 29 novembre 2001, Joseph Griesmar, Aff. C-366/99, Rec. 2001 I-09383, préc.

selon les sources soulève des problèmes d'articulation. Ces différences ne sont pas dommageables dès lors qu'un critère appartient à une ou l'autre des listes interne ou européennes, dans la mesure où la Cour de cassation et le Conseil d'État, en tant que juges européens de droit commun, font application des règles européennes<sup>368</sup>. En revanche, la différence entre les listes européennes et constitutionnelles aboutit à des situations dans lesquelles une loi, jugée conforme à la Constitution sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité, peut être jugée discriminatoire en application des droits européens. Dès lors, une loi valide du point de vue constitutionnel pourra être écartée au nom du droit de l'Union européenne ou de la Conv. EDH. Ce jeu des listes risque d'aboutir à des situations où les personnes devront systématiquement saisir le juge pour demander l'application des droits européens et la mise à l'écart de la loi.

Le travail jurisprudentiel ne permet pas cependant d'obtenir une orientation des actions, faute d'exclusivité des catégories. Selon les choix d'action opérés par les parties, des faits similaires sont susceptibles d'être interprétés à la lumière de catégories relevant d'une des formes d'égalité, ou d'un ou de plusieurs motifs de discriminations. Pour voir ce travail à l'œuvre, il faut en venir aux contentieux, dont l'étude nous permet de passer de la diversité théorique à la diversité pratique.

## **II : Le sens des actions**

Un corpus d'arrêts a été constitué à partir de l'interrogation de la base exhaustive JURICA, pour la période 2007 à 2010. L'interrogation initiale a porté sur l'ensemble de la base, sans distinction de matière, à partir des termes « discrimination » ou « travail égal ». L'interrogation a retourné 7544 arrêts, qui ont été récupérés sous forme de fichiers PDF. Un échantillon a été constitué en extrayant de ce corpus un trimestre sur chacune des quatre années (septembre à novembre), soit 2204 arrêts. Les arrêts ont été analysés et codés à l'aide de 67 variables. Le fichier a été soumis à trois séries d'exploitations, visant à *expliquer* les motifs d'égalité et de discriminations. Une première exploitation croise les motifs avec les différentes variables du fichier (A). Une série de comparaisons a ensuite été conduite sur les trois motifs les plus fréquents (B). Enfin, les données ont été traitées dans une analyse multifactorielle pour en dégager les axes principaux (C).

### **A : Des motifs en perspective**

Quatre catégories d'enseignements ont été tirés du croisement des données avec le motif: sur la place de la discrimination et de l'égalité dans le contentieux social, sur le choix des fondements, sur leur part dans les litiges, sur les résultats de l'action.

a : Place de la discrimination et de l'égalité en matière sociale

Les 2204 arrêts ont d'abord été triés sur le critère de leur appartenance au champ de la recherche, à

---

<sup>368</sup> La Cour de cassation fait régulièrement application de la directive n° 2000/78, v. en dernier lieu Soc. 3 juill. 2012, n° 11-13795.

la fois d'un point de vue procédural (l'existence d'un litige), et matériel (la matière sociale).

-Ce premier tri a fait passer le corpus de 2204 à 1538 arrêts: 321 arrêts ne relevaient pas de la matière sociale (14,5%), 296 en relevaient sans cependant comporter de litige spécifique identifiable (13,4%), les autres exclusions (49) relevant de motifs formels. La première conclusion de ce tri est que lorsqu'une question de discrimination ou d'égalité se pose devant les cours d'appel, elles apparaissent dans plus de 85% des cas dans un contexte de droit social.

- Mais si on rapporte ce contentieux aux affaires prud'homales traitées par les cours d'appel au cours de la même période, on constate que proportion des arrêts qui font référence à la discrimination ou à l'égalité est très faible, autour de 2 % par an, avec un « pic » à 3,27 % en 2009.

- On relève enfin la dispersion des arrêts dans le temps et dans l'espace, qui atteste du caractère aléatoire de l'apparition de ce contentieux.

b : Concentration des fondements

L'analyse montre une extrême concentration des affaires sur quelques fondements, contrastant avec la prolixité des textes.

Parmi les 22 motifs prévus dans notre grille, trois suffisent à rendre compte de 65,9 % des arrêts : égalité de rémunération (travail égal), activités syndicales ou mutualistes, égalité de traitement. Si on regroupe ces motifs par proximité logique, quatre ensembles peuvent être dégagés :

-Le premier comporte deux principes d'égalité : égalité de rémunération (travail égal), égalité de traitement autre que rémunération. A eux seuls, ils représentent 41,9 % des motifs. Ce recours massif aux motifs d'égalité « abstraite » fait écho à la préférence des cours suprêmes françaises pour les principes d'égalité.

-Le deuxième ensemble regroupe des motifs liés à des discriminations « ciblées » sur des catégories de personnes. Cet ensemble composite représente 23,6% des arrêts, regroupant l'état de santé (6,5 % de l'ensemble des arrêts), l'égalité de traitement femme-homme (6,2%), et une liste de 14 motifs énumérés, comme la race, l'orientation sexuelle etc. (10,9%).

-Le troisième ensemble réunit deux motifs liés à l'activité dans l'entreprise (syndicat et grève) : il représente 26 % des motifs.

Un dernier groupe rassemble les revendications peu, ou mal caractérisées (discriminations multiples, aucun, autre). Il représente 8,39% des motifs.

Ces regroupements mettent en évidence la part limitée faite aux discriminations liées à un certain « état » des personnes, notamment à leur sexe. Il existe de ce point de vue une distance importante entre ce

que les observateurs considèrent comme des discriminations particulièrement reprochables, et ce que les parties mettent en avant dans les procédures. Les salariés semblent se situer plus facilement dans une problématique d'égalité au regard *de ce qu'ils font*, que comme « victimes » de discriminations en raison *de ce qu'ils sont*.

c : La place marginale de la discrimination et de l'égalité dans les litiges

Dans la plupart des arrêts, la place de ce type de contentieux marginale, avec seulement 30,8 % des litiges qui sont initiés à titre principal pour ce motif.

L'extension des litiges est également limitée, avec 69,2 % d'affaires individuelles, répartis en demandes accessoires (35,7%), et demandes principales (31,6 %). Le seul secteur qui présente un caractère collectif est celui de l'égalité de traitement femmes-hommes.

d: Des résultats négatifs sur les litiges spécifiques, mais variables selon les motifs

Les salariés/demandeurs sont perdants sur le motif spécifique dans 64,4 % des litiges. Cependant, les gains et les pertes sont inégalement distribués entre les motifs : les gagnants sont majoritaires dans l'égalité homme-femme (64,6%) ; les perdants sont moins nombreux que la moyenne dans les revendications en matière syndicale (55,4 %) ; mais ils atteignent des sommets pour l'égalité de traitement autre que les rémunérations (83,9 % de perdants). Si on compare l'issue des procédure en appel sur les litiges spécifiques, à celle des demandes principales hors discrimination (pour les 1113 affaires qui sont dans ce cas), on constate que les résultats s'inversent : le pourcentage d'échec n'est plus que de 34,3 %. Il semble donc bien y avoir une difficulté plus grande pour les demandeurs à gagner sur des demandes relatives à la discrimination ou à l'égalité, difficultés dont l'origine semble tenir à la preuve et au « flou » des opérations de comparaison. Enfin, si on compare les résultats au premier degré et en appel, on constate que 75 % des salariés qui avaient formé une demande spécifique étaient perdants en première instance, pour un pourcentage d'échec final de 64,4% en appel. Si l'amélioration est intéressante, elle ne suffit pas à renverser la tendance générale. Or on aurait pu penser que le passage des prud'hommes au juge professionnel aurait une incidence nettement plus favorable sur les résultats. Curieusement, c'est entre le juge départiteur et la cour d'appel que le décalage se creuse le plus. En effet, en croisant le résultat en appel avec le résultat obtenu devant les juges départiteurs, on constate que si 77 % des demandeurs sont déboutés en départage, il sont plus que 63% à l'avoir été en appel.

### **B : Des motifs en comparaison**

Nous avons comparé entre eux trois des motifs les plus fréquents, qui représentent à eux trois 65 % : le travail égal (400 arrêts), la discrimination syndicale (370 arrêts), et l'égalité de traitement (243 arrêts). Ces comparaisons dessine trois figures d'action, qui, sans être radicalement opposées, présentent des aspects contrastés sur certaines variables.

-Les actions de discrimination syndicale sont *plus souvent que les autres* formées à titre

principal par des ouvriers et employés du secteur industriel en emploi, et ont les chances de réussite les plus élevées ;

-Les actions en matière d'égalité de traitement sont *plus souvent que les autres* formées dans un contexte de licenciement, et ont les plus faibles chances de réussite.

- Les actions en matière de d'égalité de rémunération sont *plus souvent que les autres* formées à titre accessoire, par des cadres, et dans des secteurs d'activité plus tertiaires.

Cette comparaison « visuelle » n'épuise évidemment pas la totalité des informations du fichier. C'est à l'analyse factorielle qu'il revient de redonner une image d'ensemble des motifs et des variables associées.

### **C : Une typologie des litiges**

L'analyse factorielle, menée sur l'ensemble des arrêts, précise l'analyse en dégageant trois axes:

8. Le premier oppose entre la logique de *revendication d'égalité genrée*, et la logique de la *plainte contre des actes discriminatoires*. Dans le premier sens, l'action est exercée contre la *règle*, dans le second cas, elle est exercée contre *l'entreprise à qui sont imputés des actes discriminatoires*. La particularité de cette logique d'égalité des droits est qu'elle est essentiellement le fait des hommes, inversant le sens de ce que l'on range habituellement sous cette forme d'égalité.
9. Le second oppose les revendications *d'égalité collective*, où des groupes se comparent à d'autres, et des réclamations *individuelles*, où un salarié se compare à un ou à plusieurs autres salariés. Le paradoxe de cette opposition est que ce sont les discriminations syndicales qui sont le plus porteuses de revendications individuelles.
10. Le troisième oppose égalité et discrimination autour du *lien avec l'entreprise*. Lorsque l'égalité des droits est en jeu, le lien avec l'entreprise est ténu, même si cette dernière est partie au litige. Les discriminations syndicales au contraire, *prennent sens dans l'entreprise et en cours de contrat*.

### **III : Des litiges mis en scène**

Pour saisir la diversité des stratégies d'action, nous avons réalisé trois études qualitatives à partir du corpus : la première sur le genre, la seconde sur la méthode de comparaison, la troisième sur les discriminations syndicales.

#### **A : A la recherche du genre**

S'agissant des femmes, le droit de la non-discrimination et de l'égalité s'organise dans deux directions complémentaires :

-la compensation des handicaps liés à la grossesse, la maternité, la situation de famille, par l'octroi de droits spécifiques ;

-la sanction par des textes antidiscriminatoires des différences de traitement des femmes qui ne sont pas justifiées par des critères objectifs liés à la compétence et au mérite. Nous désignons sous l'expression de « règle genrée » tout dispositif qui tient compte du sexe, que ce soit implicitement (grossesse, maternité), ou explicitement (rémunérations femme/hommes, sexe).

En appliquant ce critère de sélection sur l'échantillon de 1538 arrêts, on obtient 172 arrêts « genrés », soit 11,2% de l'ensemble. C'est très peu à l'évidence, surtout si on se rappelle que le contentieux des discriminations et de l'égalité représente lui-même moins de 3% en moyenne sur les quatre années.

Les femmes sont majoritaires dans ce sous-groupe (64 %). Cependant, ce sous-groupe lui-même ne représente que 20 % de l'ensemble des femmes présentes en appel. Concrètement, cela signifie que lorsque les femmes agissent, ce n'est que très minoritairement sur le terrain des actions « genrées ». L'étude approfondie de ce corpus nous a conduit à des observations sur la structure des litiges, et sur la construction des catégories.

### ***Des contentieux dominés par l'égalité femme-homme***

La distribution de ces affaires par thème nous a permis d'identifier une forte césure entre les arrêts qui mobilisent l'égalité de traitement femme/hommes (96 arrêts), et ceux qui se fondent sur des motifs discriminatoires (76 arrêts).

Les affaires d'égalité genrée sont majoritairement conduites par les pères qui réclament les avantages des mères (53 arrêts). Les autres affaires (43 arrêts), sont conduites par des femmes qui se comparent aux hommes.

Sur les motifs de discriminations genrées, les contentieux représentent un corpus extrêmement modeste de 76 arrêts : les plus nombreux (29) sont relatifs à l'état de grossesse. Les autres cas se dispersent entre la situation de famille, la maternité, le sexe, et les discriminations multiples.

### ***La difficile maniabilité des catégories juridiques liées au genre***

Dans les motifs liés au genre, plus encore que dans d'autres, les règles présentent quatre défauts majeurs: leur réversibilité, leur défaut d'exclusivité, leur faible opérationnalité, et la portée limitée des sanctions.

#### **1). Des catégories réversibles**

La réversibilité des catégories a été abondamment illustrée par la mobilisation par les hommes du

principe d'égalité femme-homme en matière de bonification de retraite pour enfant. Alors que ces textes avaient pour objectif d'introduire un semblant d'égalité réelle dans les positions des femmes par rapport aux hommes, il a suffi d'en retourner le sens pour permettre à des hommes (les pères) de se voir reconnaître les droits des femmes (les mères), au risque de limiter les droits de ces dernières. Le fait que les juridictions communautaires, et la Halde à sa suite, aient pu considérer que ces avantages de retraite liés aux enfants avaient pour objectif de compenser des disparités entre ceux qui sont qui ont des enfants et ceux qui n'en n'ont pas, et non entre pères et mères, atteste de la labilité des finalités données aux droit sociaux.

## 2). Le défaut d'exclusivité des catégories

A plusieurs reprises, nous avons pu voir une même situation « indexée » sous différents motifs de discriminations. Cette indétermination des catégories nous semble due à leur insuffisante définition, que ce soit en compréhension ou en extension. On constate à la lecture des arrêts que les juges n'examinent que rarement la pertinence des motifs retenus par les demandeurs, qu'il s'agisse de la situation de famille, du sexe, ou même de la maternité. De leur côté, les salariés et leurs défenseurs ne disposent pas de repères pour choisir le fondement de leur action. Du point de vue juridique, cette labilité nous paraît constituer un obstacle à la constitution de *référentiels de situation*, qui pourraient faire l'objet de jurisprudences coordonnées.

## 3). La faible opérationnalité des règles

Si favorables que soient les règles de preuve dans le domaine des discriminations et de l'égalité, les résultats des actions n'en sont pas moins décevants. La raison à cela ne nous semble pas devoir être recherchée dans une quelconque « résistance » des juges. Au fil des arrêts, on voit bien qu'il est difficile d'établir la preuve d'un *lien causal* entre une caractéristique de genre et une décision défavorable de l'employeur. A cet égard, les motifs « non genrés », tels que l'égalité de rémunération-travail égal, et l'égalité de traitement apparaissent plus efficaces : la preuve à rapporter n'est pas celle d'un lien causal entre une *caractéristique particulière* du salarié et une décision, mais celle d'une différence objective entre *des salariés*, que l'employeur devra justifier par des motifs exempts de discrimination.

## 4). L'insuffisante portée des sanctions

La reconnaissance du caractère discriminatoire ou inégalitaire d'une décision de l'employeur ne permet pas au salarié d'espérer plus qu'une compensation salariale standardisée. La réparation est limitée même dans les cas de comportements discriminatoires graves, pour lesquels on pourrait envisager de mettre en place des *punitive damages*, sur le modèle du droit du *tort* anglo-américain, qui tient compte de la nature de la conduite impliquée, la nature et l'étendue des dommages subis, et la situation économique du défendeur.

Ce n'est pas là le moindre paradoxe de ce type de règles : à la fois menaçantes dans leur énonciation, et modérées dans leurs effets, comme si la menace devait suffire à faire rentrer dans le rang les employeurs récalcitrants. Certes, cette caractéristique d'un droit déclamatoire n'est pas propre au

genre, et court tout au long du droit des discriminations. Mais il nous semble que dans ce domaine, plus nettement qu'ailleurs, la déclamation masque mal la crainte de porter une atteinte excessive au pouvoir de direction et de commandement de l'employeur.

## **B : Comparer pour décider**

Comment les salariés ou les candidats à l'embauche apportent-ils la preuve en justice des discriminations dans l'emploi dont ils s'estiment victimes ? Pour répondre à cette question, une étude spécifique a été conduite sur l'ensemble du corpus initial (2204), à partir de la question suivante : « comparer » ou « comparaison » ou « comparable » ou « différence de traitement ». Les termes recherchés figuraient dans 567 arrêts, concernant aussi bien les discriminations que l'égalité de traitement. L'étude a cherché à mettre en évidence la place du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations et des atteintes à l'égalité de traitement, puis les usages qu'en font les parties et les juges du fond.

1) L'étude a d'abord montré la rareté de la référence aux outils statistiques. Le terme « statistique » — ou encore certains vocables propres à l'analyse statistique de données, comme celui de « médiane », de « régression », d'« intervalle de confiance », etc. — est extrêmement rare dans les arrêts de cours d'appel françaises. On relève ensuite la quasi-absence dans les arrêts d'une formulation statistique explicite du salarié, même si les éléments quantitatifs sont avancés.

2) Sur la méthode, il apparaît que la manière de comparer les situations fait bien souvent l'objet de débats serrés entre les parties. Ces discussions se cristallisent particulièrement sur deux points : comment s'opère la constitution d'un échantillon de référence à la lumière duquel la situation du salarié requérant sera examinée ? Et comment convaincre le juge que cette situation est « suffisamment différente » pour constituer une discrimination ? Aux termes de l'article L. 1134-1 du Code du travail, la charge de l'allégation pèse sur le salarié. La lecture des décisions de cour d'appel révèle que la méthode de constitution des panels n'est pas standardisée, et fait l'objet d'un débat juridique à différents titres. En revanche, sans préjuger de l'action de la HALDE en amont du procès, on remarquera qu'elle ne semble jouer qu'un rôle mineur dans la constitution des échantillons de référence, alors que la loi de 2004 lui en donnait la faculté.

3) Pour conclure à la discrimination ou au traitement inégalitaire, les cours d'appel doivent aussi considérer que les différences alléguées sont suffisantes pour caractériser une discrimination. Sans surprise, les cours d'appel sont aisément convaincues de l'existence d'une discrimination lorsque le salarié requérant est manifestement plus mal traité que l'ensemble autres salariés appartenant à l'échantillon de comparaison. La situation est plus incertaine lorsque le salarié est certes moins bien traité que des salariés du panel, mais mieux traité que d'autres. Il est difficile, en définitive, à la lumière de nos investigations, de déceler des régularités concernant les degrés d'écart propres à caractériser une discrimination, et ce, alors même que cette question a suscité d'importants débats dans la littérature américaine. Les missions d'expertise ordonnées par les cours d'appel ne renseignent guère plus sur ce point. Si la démarche de comparaison est explicite, le degré d'écart attendu ne l'est pas. Ce qui compte, en définitive, est moins le recours à une arithmétique de la preuve que d'apporter au juge un faisceau d'éléments, qui n'impliquent nécessairement ni la comparaison, ni l'exigence d'une position défavorable à l'égard de tous les autres

salariés. Le pouvoir souverain reconnu par le juge du fond en matière de preuve la Cour de cassation n'est sans doute pas pour rien dans ce résultat<sup>369</sup>.

### **C : L'individuel et le collectif en matière de discrimination syndicale**

Une étude spécifique a porté sur 370 arrêts relatifs à la discrimination syndicale. Ce sous-groupe présente des caractéristiques qui reflètent la composition des militants syndicaux, que ce soit au travers d'une très nette domination masculine parmi les demandeurs (280 sur 370), la prédominance de certains secteurs d'activités dont les activités de services et l'industrie qui représentent respectivement (respectivement 108 et 104 arrêts), enfin, une surreprésentation des catégories professionnelles de cadre et d'ouvriers (119 arrêts pour ces derniers). Ces salariés sont pour la plupart employés en CDI (à l'exception de 14 d'entre eux) et disposent d'une ancienneté relativement importante. En outre, les demandeurs sont majoritairement investis d'un ou plusieurs mandats puisqu'ils sont à l'origine de 296 arrêts. Particularité intéressante, ces litiges sont pour beaucoup menés par des salariés qui sont encore dans l'emploi dans l'entreprise au moment de l'appel (103 arrêts sur 370), ce qui montre que la protection conférée par le mandat facilite le recours à l'action en justice en cours d'emploi.

L'analyse a permis de répartir les litiges en quatre sous-ensembles, qui constituent autant de « figures » de ce type d'action.

1)- Un premier groupe, composé d'un petit nombre d'arrêts, comprend des *litiges individuels construits collectivement*. Ces litiges sont constitués par plusieurs séries, portées par un salarié pris individuellement mais construit à partir d'une dynamique collective avec un fondement et une démonstration similaire. Ils sont immédiatement identifiables au regard de la date de l'arrêt, et du nom de la société en cause. Ces litiges ont exigé l'action de nombreux salariés et la mobilisation d'acteurs multiples (syndicats, inspection du travail, ministère public). S'ils sont peu nombreux, ils constituent un modèle de litige gagnant et militant sur la discrimination syndicale.

2) Le second ensemble regroupe des salariés qui contestent leur licenciement en invoquant la discrimination syndicale. Ils illustrent tous une faible mobilisation du régime juridique propre aux discriminations syndicales. C'est le groupe le plus important en nombre, mais le moins organisé, avec des litiges très disparates qui présentent peu de similarités.

3)- Le troisième groupe comprend des situations dans lesquelles le fondement de l'action juridique n'est pas clairement identifié, même si la discrimination syndicale est invoquée, plus ou moins précisément suivant les cas. L'observation de ce sous-échantillon montre le caractère très malléable de la qualification de harcèlement et de discrimination. Cette porosité nous conduit à nous interroger sur

---

<sup>369</sup> Cette position très pragmatique a été encore rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 octobre 2013 : « (...) d'une part, l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés, et d'autre part, (...), la seule circonstance que des salariés exerçant des mandats syndicaux aient pu bénéficier de mesures favorables n'est pas de nature à exclure en soi l'existence de toute discrimination à l'égard d'autres salariés ». Soc., 30 octobre 2013, n° 12-23.325, inédit.

d'autres glissements possibles, notamment avec les règles d'égalité de traitement.

4- Le dernier groupe présente une confusion des fondements juridiques entre la discrimination syndicale et l'égalité de traitement. Dans cette configuration, les demandeurs fondent leur démonstration sur la seule comparaison avec d'autres salariés. La référence à l'activité syndicale, propre aux discriminations syndicales, est à peine évoquée pour laisser place à de vastes comparaisons entre les salariés. L'analyse de ces affaires montre ainsi la proximité qui unit les litiges sur les discriminations syndicales et sur l'égalité de traitement, au prix de l'effacement du motif spécifique.

#### **IV : Pour aller plus loin : la constitution de collectifs dans les litiges de discrimination ou d'égalité**

Nous avons constaté que, sur l'ensemble des demandes, les litiges sont le plus souvent individuels, (69,2 %), répartis en demandes accessoires (35,7%), et demandes principales (31,6 %). Ce caractère est accentué pour les discriminations syndicales, qui sont individuelles à 75,9 %. Ce même constat est partagé par d'autres études empiriques sur les contentieux, notamment aux États-Unis. Les études montrent en effet que le contentieux de la discrimination dans l'emploi est dominé par des actions individuelles, diligentées par des personnes qui prétendent avoir fait l'objet d'une différence de traitement, au détriment des actions plus politiques, qui mettent en cause les règles jugées discriminatoires<sup>370</sup>.

Ce constat partagé sur le poids *statistique* des affaires individuelles ne doit pas occulter l'importance *politique* que revêtent d'autres affaires, certes moins nombreuses, mais qui comportent une dimension collective. En termes de portée, des actions individuelles et dispersées ne peuvent avoir des effets visibles à l'échelle des groupes sociaux. En revanche, les actions porteuses d'enjeux collectifs, *même en faible nombre*, peuvent avoir des effets visibles au plan général. Encore faut-il définir ce que l'on entend par « collectif ». Nous avons voulu saisir l'extension du litige en créant une variable spécifique, qui distingue les actions individuelles (principales ou accessoires), et trois espèces de collectifs : des collections d'actions pour un même motif dans la même entreprise (309 arrêts); des actions individuelles ou collectives tendant à écarter une norme (103 arrêts) ; des actions tendant à annuler une norme (dont nous n'avons pas trouvé d'exemple en cause d'appel<sup>371</sup>). Les affaires de types 1 et 2 illustrent deux formes de collectifs : les groupes réels constitués par la collection des demandeurs, et les groupes virtuels concernés par la règle visée.

#### **A : Les collections d'actions individuelles**

Les collections du type 1 (collection d'actions individuelles pour un même motif dans la même

---

<sup>370</sup> L. B. Nielsen, R. L. Nelson, R. Lancaster, « Individual Justice or Collective Legal Mobilization ? Employment Discrimination Litigation in the Post Civil Rights United States », *Journal of Empirical Legal Studies* 2010, vol. 7, n° 2, p. 194.

<sup>371</sup> On relève seulement une série d'arrêts dans lesquels le conseil de prud'hommes avait annulé une norme d'une convention collective. Cependant, les salariés n'avaient pas demandé la nullité, mais seulement le bénéfice de congés et des dommages-intérêts. CA Nîmes, 13 octobre 2009, n° RG 08/03527 et s.

entreprise) rassemblent des salariés porteurs d'un intérêt individuel, mais partagé, au sein d'une entreprise donnée. Ces litiges sont susceptibles de constituer des séries de taille importante, pouvant donner lieu à de fortes variations d'effectifs d'affaires dans une juridiction d'une année sur l'autre. Ainsi, parmi les 309 arrêts relevant de cette classe, 272 appartiennent une série (soit 88%), correspondant à 70 entreprises différentes<sup>372</sup>. Dans cette classe, on dénombre 45 séries, de longueur variable (23 de deux salariés, 16 de moins de 10 salariés, 6 de dix et plus). La plus importante provient de la Cour d'appel d'Aix en Provence (71 arrêts), concernant des revendications d'égalité de salariés d'un centre de tri de la poste par rapport aux salariés d'autres centres de tri, à propos du paiement d'heures de nuit, qui représente à elle seule 29% de l'effectif<sup>373</sup>. On ajoutera que, en-dehors de notre corpus d'arrêts, la Poste est le lieu de prédilection des demandes en série, avec des réclamations récurrentes depuis 2009 de paiement de « compléments poste » par les agents contractuels de droit privé, sur le fondement du principe « travail égal ». <sup>374</sup>

Dans tous ces cas, l'effet sériel résulte ici du choix des juridictions de ne pas joindre les procédures, ce qui laisse subsister les numéros d'enregistrement, et « gonfle » les statistiques d'affaires. D'autres arrêts collectifs ne donnent pas lieu à des séries pour des raisons d'enregistrement : ce sont ceux où plusieurs demandeurs ont fait l'objet d'une seule décision. On relèvera ainsi que la seule action en substitution de notre corpus (sur le fondement de l'article L.1247-1 du Code du travail), l'a été pour discrimination syndicale dans le déroulement de la de carrière de 10 délégués du personnel et représentants du syndicat CGT, et a donné lieu à un seul arrêt<sup>375</sup>.

## **B : Les actions à portée générale**

Les affaires de type 2 (actions individuelles ou collectives tendant à écarter une norme), bien que peu nombreuses dans notre corpus (103 arrêts), ont une portée potentiellement très étendue. Cette portée résulte de *l'objet même du litige*, qui est d'écarter l'application d'une *norme générale*, au motif qu'elle contreviendrait aux différents principes d'égalité, ou serait discriminatoire, peu important qu'elles soient exercées individuellement ou collectivement. Les séries sont un peu moins nombreuses que dans le cas précédent (16 séries, correspondant à 47 demandes, soit 47%). C'est à ce sous-groupe qu'appartiennent les arrêts relatifs à l'égalité de traitement femmes-hommes qui écartent les normes restrictives dans

---

<sup>372</sup> Ces résultats sont issus du croisement de la variable « extension du litige » et de la variable « Nom de l'entreprise ».

<sup>373</sup> Aix-en-Provence, 25/11/2009, n° 08/02799 et s. Les salariés d'un centre de tri de la Poste demandent le paiement d'horaires de nuit, en comparant leur situation à celle de salariés d'autres centres de tri.

<sup>374</sup> Sur cette question, v. Ass. Plén., 27 février 2009, pourvoi n° 08-40.059, Bull. 2009, Ass. plén., n° 2 (rejet). Pour une affirmation de la compétence judiciaire pour statuer sur les demandes individuelles d'application d'engagement pris par le conseil d'administration ou les décisions du directeur de la Poste, v. Soc. , 6 février 2013, n°s 11-26604 11-26605 11-26606 11-26607 11-26608 11-26609 11-26610, Bull. Il est à noter que cette dernière affaire continue à générer du contentieux en série, avec 4000 demandes introduites en juin 2013 devant le CPH de Paris par des agents contractuels pour demander l'exécution de ces engagements.

<sup>375</sup> Nîmes, 14 septembre 2010, n° 09/00235. En l'espèce, le recours à l'action en substitution a permis aux salariés concernés d'échapper à la règle de l'unicité de l'instance, qui leur était opposée en raison de litiges qu'ils avaient conduits antérieurement. Sur le fond, le syndicat est débouté, faute d'avoir fait la preuve de la discrimination, et l'arrêt est confirmé ultérieurement par la Cour de cassation (Soc. 3 juillet 2012, n° 10-25747, et notre note, Evelyne Serverin, « Discrimination syndicale: le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », RDT 2012, 12, p. 714.

l'attribution des bonifications pour enfants. Les différents arrêts n'appartiennent que rarement à des séries, mais se dispersent dans le temps et dans l'espace (on relève 20 « foyers » différents pour les affaires concernant les entreprises de distribution de gaz et d'électricité), formant une sorte de « halo » autour de la règle incriminée. La genèse de ces affaires est sous la dépendance directe de l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle de la règle et des transformations subies par le droit en réaction à ces interprétations.

D'autres affaires de notre corpus sont porteuses de telles revendications, sans cependant aboutir. On peut prendre l'exemple d'un salarié qui contestait l'ordre des licenciements et reprochait aux critères d'ordre du code du travail d'introduire des discriminations<sup>376</sup>. Dans le même sens, un ancien mineur accidenté du travail demandait une révision de sa rente après constat de silicose, en considérant que les textes fixant des taux différents pour les accidents du travail et les maladies professionnelles étaient discriminatoires.<sup>377</sup>

Ces différentes demandes ont en commun de porter des revendications du *principe d'égalité* devant la loi, revendication qui peut s'exprimer par d'autres voies, comme la QPC<sup>378</sup>. Elles constituent des collectifs que l'on pourrait dire « virtuels », en ce sens qu'ils sont formés par l'ensemble des personnes concernées par l'application de la règle contestée. Une seule affaire suffit à écarter la règle, et à produire un effet de levier pour toutes les personnes concernées, générant parfois des flots d'actions, et déclenchant des réactions normatives en chaîne<sup>379</sup>.

Cette observation nous conduit aux limites de notre recherche. Car ce type d'effet n'est pas propre aux affaires de discrimination ou d'égalité. Il s'agit d'un effet *jurisprudentiel*, qui résulte d'une « lutte » pour la norme conduite par des personnes intéressées à la règle<sup>380</sup>. Les propositions de réforme qui en appellent à l'action de groupe dans le domaine des discriminations et de l'égalité ne prennent pas en compte ce type d'effet, et sont plutôt soucieuses d'influer sur le comportement des entreprises<sup>381</sup>. Sans doute est-il souhaitable d'améliorer les conditions d'exercice des actions collectives dans l'entreprise, que ce soit par la voie de l'action de groupe, ou par aménagement de règles de procédure. Cependant, le recours aux principes d'égalité et aux motifs de non-discrimination pour peser sur le sens et la portée des normes, nécessite une démarche coordonnée, bien en amont de la saisine du tribunal, et qui vise bien-au-delà de l'action. La compréhension de cette démarche appelle à de nouvelles observations empiriques,

---

<sup>376</sup> Aix-en-Provence, 18 novembre 2008, n° 07/07670. La Cour répond que les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements prennent notamment en compte les charges de famille, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile et les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

<sup>377</sup> Douai, 30 septembre 2008, n° 07/01918.

<sup>378</sup> Voir, pour la réparation des dommages nés d'une faute inexcusable, la QPC sur les accidents du travail, Conseil constitutionnel 18 juin 2010, décision n° 2010-8.

<sup>379</sup> Pour une réflexion sur les voies procédurales par lesquelles se construisent les effets collectifs, on renverra à la belle recherche, à paraître en janvier 2014 dans la Collection Etudes et commentaires de Dalloz, « Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel », Ismaël Omarjee, Laurence Sinopoli, dir., CEJEC, Nanterre.

<sup>380</sup> Sur l'analyse de la jurisprudence comme résultant d'un intérêt à la règle, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, Collection critique du droit, 1985.

<sup>381</sup> L'exposé des motifs de la proposition de loi du 25 juillet 2013 prend pour exemple la plainte en nom collectif formée par des salariés de Wal-Mart pour discrimination salariale selon le sexe.

notamment sur les caractéristiques de ceux qui portent ces actions (associations, avocats, syndicats), ainsi que de ceux qui s'y opposent, et allument des contre-feux pour en limiter la portée.



## Annexe 1 : Les variables et leurs modalités

### 1. Caractéristiques du fichier JURICA

#### 1.1: Numéro

#### 1.2: Nom du fichier JURICA

#### 1.3: Fichier traité par

JP-MS

FG-IM

ES-RD

AA-BS

NK

OL

MS

#### 1.4: Arrêt à retenir?

Oui, correspond au champ de mon interrogation

Non, ne correspond pas au champ de mon interrogation

Non, ne correspond pas au champ Jurica discrimination/travail

Non, ne correspond pas au critère date de l'échantillon

Non, doublon (même arrêt mais numéros différents)

Non, fichier illisible ou inexploitable

*bulle info: A renseigner pour tout arrêt ouvert*

### 2. Cour d'appel

#### 2.1: Cour

CA\_Agen CA\_Aix\_en\_Provence CA\_Amiens CA\_Angers CA\_Bastia CA\_Besançon CA\_Bordeaux

CA\_Bourges CA\_Caen CA\_Chabéry CA\_Colmar CA\_Dijon CA\_Douai CA\_Grenoble CA\_Limoges

CA\_Lyon CA\_Metz CA\_Montpellier CA\_Nancy CA\_Nîmes CA\_Orléans CA\_Paris CA\_Pau CA\_Poitiers CA\_Reims

CA\_Rennes CA\_Riom CA\_Rouen CA\_Toulouse CA\_Versailles CA\_Basse\_Terre CA\_Fort\_de\_France

CA\_Saint\_Denis\_de\_la\_Réunion CA\_Nouméa TSA\_Mamoudzou CA\_Papeete CA\_Saint\_Pierre\_et\_Miquelon

#### 2.2: Date décision CA

*Bulle info: Format: xx/xx/xx*

#### 2.3: n° RG

*Bulle info: Format: retenir uniquement les chiffres Forme xx/xxxxx*

#### 2.4: Nombre de numéros de RG joints

#### 2.5: Nature de la décision rendue en appel

Arrêt d'appel

Arrêt avant dire-droit

Ordonnance sur requête

Ordonnance de référé

Ordonnance de mise en état

arrêt sur contredit ;

arrêt mixte ;  
arrêt sur référé ;  
arrêt sur décision d'instruction ;  
arrêt d'erreur,  
appel-nullité

## 2.6: Appellant principal

-Employeur seul  
-Salarié seul  
-Syndicat seul  
-Comité d'entreprise seul  
-Ministère public seul  
-IRP et salariés  
-Employeur et salarié  
-Plusieurs salariés  
Ministère public et prévenu  
Organismes sociaux  
plusieurs employeurs  
autre.

## 2.7: Assistance ou représentation du salarié ou de l'IRP

-Comparant seul  
-Comparant et assisté par Avocat/Avoué  
-Comparant et assisté par syndicat  
-Comparant et assisté par autre (Conjoint, Concubin, Pacs)  
-Représenté par Avocat/Avoué  
-Représenté par syndicat  
-Représenté par autre (Conjoint, Concubin, Pacs)  
-Ni comparant ni représenté

## 2.8: Assistance et/ou représentation de l'employeur ou de son représentant

-Comparant seul  
-Comparant et assisté par avocat/Avoué  
-Comparant et assisté par syndicat  
-Comparant et assisté par Conjoint, Concubin, Pacs  
-Comparant et assisté par membre de l'entreprise  
-Représenté par avocat/Avoué  
-Représenté par syndicat  
-Représenté par Conjoint, Concubin, Pacs  
-Représenté par membre de l'entreprise  
-Ni comparant ni représenté

## 3. Décision attaquée

### 3.1: Juridiction

-CPH  
-TASS  
-TI  
-TGI  
-Trib corr  
-Cour d'appel (renvoi après cassation)  
-Cour d'appel (renvoi après incompétence)  
-Autre

### 3.2: Fond / référé

-Fond

-Référé

NC

### 3.3: Section

-Industrie

-Commerce

-Activités diverses

-Encadrement

-Agriculture

-N'y a lieu

-Non communiqué

**Bulle Info:** - Si pas CPH ou si référé, sélectionner "N'y a lieu"

### 3.4: Siège de A à I

-NC

-Renseignée

-Abbeville Agen Aix-en-Provence Aix-les-Bains Ajaccio Albertville Albi Alençon Alès Altkirch Amiens Angers Angoulême Annecy Annemasse Annonay Argentan Argenteuil Arles Armentières Arras Aubenas Auch Aurillac Autun Auxerre Avesnes-sur-Helpe Avignon Avranches Bar-le-Duc Basse-Terre Bastia Bayonne Beaune Beauvais Bédarieux Belfort Belley Bergerac Bernay Besançon Béthune Béziers Blois Bobigny Bolbec Bonneville Bordeaux Boulogne-Billancourt Boulogne-sur-Mer Bourg-en-Bresse Bourges Bourgoin-Jallieu Brest Briançon Briey Brive Caen Cahors Calais Cambrai Cannes Carcassonne Carpentras Castres Cayenne Cergy-Pontoise Chalon-sur-Saône Châlons-en-Champagne Chambéry Charleville-Mézières Chartres Château-Thierry Châteaudun Châteauroux Châtellerauld Chaumont Chauny Cherbourg Cholet Clermont-Ferrand Clermont-l'Hérault Cognac Colmar Compiègne Coutances Creil Créteil Dax Decazeville Dieppe Digne-les-Bains Dijon Dinan Dole Douai Draguignan Dreux Dunkerque Elbeuf Epernay Epinal Etampes Évreux Évry Fécamp Figeac Firminy Flers Foix Fontainebleau Forbach Fort-de-France Fougères Fourmies Fréjus Friville-Escarbotin Gap Givors Grasse Grenoble Guebwiller Guéret Guingamp Haguenau Halluin Haubourdin Hazebrouck Hirson Issoudun.

**Bulle Info:** Sélectionner "Renseignée" dans la colonne suivante après avoir sélectionné la ville (Les tableurs ont peur du vide...)

### 3.5: Siège de J à Z

-NC

-Renseignée

-La Roche-sur-Yon La Rochelle La Tour-du-Pin Lannoy Laon Laval Le Creusot Le Havre Le Mans Le Puy-en-Velay Lens Les Sables-d'Olonne Libourne Lille Limoges Lisieux Longjumeau Longwy Lons-le-Saunier Lorient Louviers Lunéville Lure Lyon Mâcon Manosque Mantes-la-Jolie Marmande Marseille Martigues Maubeuge Mazamet Meaux Melun Mende Menton Metz Millau Molsheim Mont-de-Marsan Montargis Montauban Montbéliard Montbrison Montceau-les-Mines Montélimar Montluçon Montmorency Montpellier Montreuil-sur-Mer Morlaix Moulins Mulhouse Nancy Nanterre Nantes Narbonne Nevers Nice Nîmes Niort Nogent-le-Rotrou Oloron-Sainte-Marie Orange Orléans Oyonnax Paris Pau Périgueux Péronne Perpignan Pointe-à-Pitre Poissy Poitiers Quimper Rambouillet Redon Reims Remiremont Rennes Riom Roanne Rochefort Rodez Romans-sur-Isère Romilly-sur-Seine Romorantin-Lanthenay Roubaix Rouen Saint-Brieuc Saint-Chamond Saint-Claude Saint-Denis Saint-Dié-des-Vosges Saint-Dizier Saint-Etienne Saint-Gaudens Saint-Germain-en-Laye Saint-Malo Saint-Nazaire Saint-Omer Saint-Pierre Saint-Pierre Saint-Quentin Saintes Salon-de-Provence Sarrebourg Sarreguemines Saumur Saverne Schiltigheim Sedan Sélestat Sens Sète Soissons Strasbourg Tarbes Thiers Thionville Thonon-les-Bains Thouars Toulon Toulouse Tourcoing Tours Trouville-sur-Mer Troyes Tulle Valence Valenciennes Vannes Verdun Versailles Vesoul Vichy Vienne Vierzon Villefranche-sur-Saône Villeneuve-Saint-Georges Vire Voiron

**Bulle Info:**

**Bulle Info:** Sélectionner "Renseignée" dans la colonne suivante après avoir sélectionné la ville (Les tableurs ont peur du vide...)

### 3.6: Date

**Bulle Info:** Format: xx/xx/xx

### 3.7: Département O/N

-Oui

-Non

- N'y a lieu

#### 4. Informations sur le salarié

##### 4.1: Commune de résidence

-Code postal ( modifier le mode de saisie afin qu'il accepte le premier « 0 » dans le code postal)

##### 4.2: Sexe

-Masculin

-Feminin

N'y a lieu

##### 4.3: Année naissance

**Bulle Info:**

Format xxxx

Si pas renseigné: 9999

**4.5: Date entrée dans l'entreprise** (lorsque l'arrêt ne donne pas de date exacte, il convient de prendre le premier jour du mois, ou le premier jour de l'année indiquée.).

**Bulle Info:**Format: xx/xx/xx (jour/mois/année) Si pas de date: NC

**4.6: Date de sortie de l'entreprise** (lorsque l'arrêt ne donne pas de date exacte, il convient de prendre le premier jour du mois, ou le premier jour de l'année indiquée.).

**Bulle Info:**-Format: xx/xx/xx (jour/mois/année)-Si pas de sortie PS -Si non communiqué:NC

##### 4.7: Mode de sortie de l'entreprise

-Licenciement pour motif économique individuel

-Licenciement pour motif économique collectif

-Licenciement pour motif personnel disciplinaire (fautes)

-Licenciement pour motif personnel autres

-Démission

-Prise d'acte

-Rupture d'un commun accord

-Rupture conventionnelle

-Mise à la retraite

-Départ à la retraite

-préretraite

-Résiliation judiciaire

-PS (pas de sortie)

-Autre

**Bulle Info:** Si pas de sortie, répéter PS

##### 4.8: Fonction (Réf:PCS, Insee, niveau 2)

-10 Agriculteurs (salariés de leur exploitation)

-21 Artisans (salariés de leur entreprise)

-22 Commerçants et assimilés (salariés de leur entreprise)

-23 Chefs d'entreprise de 10 salariés ou plus (salariés de leur entreprise)

- 31 Professions libérales (exercées sous statut de salarié)
- 33 Cadres de la fonction publique
- 34 Professeurs, professions scientifiques
- 35 Professions de l'information, des arts et des spectacles
- 37 Cadres administratifs et commerciaux d'entreprises
- 38 Ingénieurs et cadres techniques d'entreprises
- 42 Professeurs des écoles, instituteurs et professions assimilées
- 43 Professions intermédiaires de la santé et du travail social
- 44 Clergé, religieux
- 45 Professions intermédiaires administratives de la fonction publique
- 46 Professions intermédiaires administratives et commerciales des entreprises
- 47 Techniciens (sauf techniciens tertiaires)
- 48 Contremaîtres, agents de maîtrise (maîtrise administrative exclue)
- 52 Employés civils et agents de service de la fonction publique
- 53 Agents de surveillance
- 54 Employés administratifs d'entreprise
- 55 Employés de commerce
- 56 Personnels des services directs aux particuliers
- 62 Ouvriers qualifiés de type industriel
- 63 Ouvriers qualifiés de type artisanal
- 64 Chauffeurs
- 65 Ouvriers qualifiés de la manutention, du magasinage et du transport
- 67 Ouvriers non qualifiés de type industriel
- 68 Ouvriers non qualifiés de type artisanal
- 69 Ouvriers agricoles et assimilés
- 70 Non communiqué
- retraité
- autre.

#### 4.9: Mandat du salarié

*Pas de mandat*

*Candidat à un mandat*

*Ancien titulaire d'un mandat*

*Délégué syndical*

*Membre élu du CE*

*Représentant syndical au CE*

*Délégué du personnel*

*Représentant salariés dans les procédures collectives*

*Conseiller prud'hommes*

*Conseiller du salarié*

*Mandats multiples*

*C.H.S.C.T.*

*mandat non précisé*

*autre mandat.*

#### 4.10: Type de contrat

*CDI*

*CDD*

*Interim*

*Apprentissage*

*Stage*

*Intermittent*

*Contrats aidés*

*Travail indépendant*

*Candidat à l'embauche*

*NC*

*Autre*

*bulle info: Retenir le dernier contrat dans l'entreprise*

#### 4.11: Rémunération brute mensuelle

*Bulle Info: En euros, sans le signe €*

*Si non communiqué, coder NC*

#### 4.12: AJ

*-NC*

*-Non*

*-Partielle*

*-Totale*

#### 4.14: Temps travail

*Complet*

*Partiel*

*Forfait*

*NC*

### 5. Informations sur l'entreprise

#### 5.1: Nom

*Bulle Info: Indiquer le nom de l'employeur (Entreprise ou personne physique)*

#### 5.2 Code postal

*Bulle Info : format 00000*

#### 5.3: Situation de l'employeur en appel

*Appelant*

*Intimée*

*Intimé - appelant incident ;*

*Intervenant*

*Intervenant forcé ;*

*Intervenant volontaire.*

*Tiers (non intimée ni appelante ni intervenante)*

#### 5.4: **Forme sociale**

*SA*

*SAS*

*SARL*

*EURL*

*Société en commandite*

*Société Civile*

*Association*

*EPIC*

*SCOP*

*Mutuelle*

*SEM*

*Organisation syndicale*

*Commerçant*

*Artisan*

*Profession libérale*

*Particulier employeur*

*Autre*

*Non communiqué (NC)*

#### 5.5: **Secteur (Réf:Insee, niveau 1)**

*-A Agriculture, sylviculture et pêche*

*-B Industries extractives*

*-C Industrie manufacturière*

*-D Production et distribution d'électricité, de gaz, de vapeur et d'air conditionné*

*-E Production et distribution d'eau ; assainissement, gestion des déchets et dépollution*

*-F Construction*

*-G Commerce ; réparation d'automobiles et de motocycles*

*-H Transports et entreposage*

*-I Hébergement et restauration*

*-J Information et communication*

*-K Activités financières et d'assurance*

*-L Activités immobilières*

*-M Activités spécialisées, scientifiques et techniques*

*-N Activités de services administratifs et de soutien*

*-O Administration publique*

*-P Enseignement*

*-Q Santé humaine et action sociale*

*-R Arts, spectacles et activités récréatives*

*-S Autres activités de services*

*-T Activités des ménages en tant qu'employeurs ; activités indifférenciées des ménages en tant que*

*producteurs de biens et services pour usage propre*

*U Activités extraterritoriales*

### 5.6: Situation économique

*-In bonis*

*-Redressement*

*-Liquidation*

*-Sauvegarde*

*-Conciliation*

*-Autre*

### 5.7: Taille de l'entreprise

*Bulle Info: En chiffres Si non communiqué, indiquer "NC" Si particulier employeur indiquer "n'y a lieu"*

## 6. Autres parties au litige

### 6.1: Autres parties au litige 3: Nom

#### 6.2: Autres parties au litige 3: Qualité

*-Syndicat*

*-Comité d'entreprise*

*-délégué du personnel*

*-Organisme d'assurance chômage*

*-Organisme de sécurité sociale*

*-organisme de prévoyance*

*-AGS*

*-Halde*

*-Ministère public*

*-Association*

*-Entreprise*

*-Co-employeur*

### 6.3: Autres parties au litige 3: Position

*Appelant*

*Intimée*

*Intervenant*

*Tiers (non intimée ni appelante ni intervenante)*

#### 6.4: Autres parties au litige 4:Nom

#### 6.5: Autres parties au litige 4:Qualité

#### 6.6: Autres parties au litige 4:Position

*Mêmes modalités que pour la partie 3*

## 7. Demande initiale devant la première juridiction

### 7.1 Place de la discrimination dans le litige

*Objet principal de la demande*

*Objet d'une demande secondaire*

*Moyen au soutien de la demande principale*

*Moyen au soutien d'une demande secondaire*

### 7.2: Objet de la demande principale (si différente de discrimination )

- Dommages-intérêts pour licenciement personnel SCRS
- Dommages-intérêts pour licenciement économique SCRS
- Requalification du contrat
- Application de classification professionnelle
- Nullité de la rupture
- Nullité de la sanction disciplinaire
- Résiliation du contrat de travail ou d'apprentissage
- Prise d'acte
- Demande de salaire ou d'accessoires du salaire
- Demande de mise en inactivité et/ou liquidation de retraite
- Demande de suspension dans le cadre du PSE
- Autres demandes de suspension
- Demande de remise de pièces
- Autre demande
- Action pénale
- Demande de l'employeur
- Pas de demande principale en-dehors de la demande spécifique
- Demandes multiples.

*Bulle Info: Si renvoi après cassation, décrire la demande devant la juridiction dont la décision a été cassée*

### 7.3: Objet de la demande spécifique-discrimination

- Dommages-intérêts spécifiques pour préjudice matériel et/ou moral
- Contestation du motif de licenciement pour harcèlement ou discrimination d'un autre salarié
- Nullité du licenciement pour harcèlement ou discrimination
- Nullité de la sanction disciplinaire pour harcèlement ou discrimination
- Reconstitution de carrière
- Rappel de salaire.
- Reclassement
- Demande de mise en inactivité et/ou liquidation de retraite
- Sanctions pénales
- Autre
- Aucune

*Bulle Info: Si renvoi après cassation, décrire la demande devant la juridiction dont la décision a été cassée. Préciser la demande spécifique. Si pas de demande spécifique, cocher "Aucune"*

### 7.3: Fondement de la demande spécifique

- Egalité de rémunération (« à travail égal, salaire égal »)
- Egalité de traitement (autre que rémunération)
- Egalité de traitement femme-homme
- Sexe
- État de grossesse
- Origine

- Mœurs
- Orientation sexuelle
- Age,
- Situation de famille
- Caractéristiques génétiques
- Ethnie
- Race
- Nationalité
- Opinions politiques
- Activités syndicales ou mutualistes
- Convictions religieuses
- Apparence physique
- Nom de famille ou patronyme
- État de santé
- Handicap
- Grève
- Multiples
- Autre
- Aucune

*Bulle Info: Si renvoi après cassation, décrire la demande devant la juridiction dont la décision a été cassée ; Préciser la demande spécifique. Si pas de demande spécifique, cocher "Aucune"*

#### 8. Issue de la demande initiale

##### 8.1: Sort de la demande principale devant les premiers juges (si différente de discrimination ).

- Satisfaction totale ou partielle
- Demande irrecevable (incompétence...)
- Débouté
- Pas lieu à référé
- Pas de demande principale non spécifique

##### 8.2: Montant octroyé par le 1er juge / sur la demande principale

*Bulle Info. Si renvoi après cassation, décrire le montant obtenu devant la juridiction dont la décision a été cassée. En euros, sans le signe €. Indiquer "N'y a lieu" si la demande n'est ni chiffrée ni chiffrable*

##### 8.3: Sort de la demande Discrimination (principale ou secondaire)

- Satisfaction totale ou partielle
- Demande irrecevable (incompétence...)
- Débouté
- Pas lieu à référé
- Pas de demande principale non spécifique

##### 8.4: Montant octroyé par le 1er juge / discriminations

- NC
- N'y a lieu

*Bulle info : « Indiquer N'y a lieu si la demande est non chiffrée ou non chiffrable ou si ce n'est pas l'objet de la demande spécifique ». Si renvoi après cassation, décrire le montant obtenu devant la juridiction dont la décision a été cassée. En euros, sans le signe € Indiquer "N'y a lieu" si la demande n'est ni chiffrée ni chiffrable*

#### 8.5: Autres mesures ordonnées par le 1er juge

- Aucune
- Réintégration
- Remise de pièces
- Renvoi à un autre juge
- Reconstitution de carrière
- Astreinte
- Plusieurs mesures

#### 8.6 Exécution

- de droit ;
- pas d'exécution ;
- provisoire (partielle ou totale).

#### 9. Résultats de l'appel

##### 9.1: Demandes nouvelles en appel

*Pas de demandes nouvelles*

*Demandes nouvelles hors discrimination*

*Demandes nouvelles discrimination*

*Demandes nouvelles discrimination et autre*

##### 9.2: Dispositif relatif à la décision attaquée, sur la demande principale (si différent de discrimination ).

- Confirmation totale (principe et montants)
- Infirmerie totale (principe et montants)
- Confirmation sur le principe, modification des montants
- Évocation
- N'y a lieu

*Bulle Info: Si la demande principale n'est pas différente de la discrimination, indiquer n'y a lieu.*

##### 9.3: Montants octroyés / relatifs à la demande principale du salarié (si différent de discrimination).

- Gagné
- Perdu
- N'y a lieu

*Bulle Info:-Si la demande est chiffrée, indiquer le montant obtenu, en euros, sans le signe €. Si la demande du salarié n'est ni chiffrée ni chiffrable:-indiquer :Gagné, si la demande initiale est satisfaite-indiquer: Perdu, si la demande initiale est rejetée—Si la demande principale n'est pas différente du harcèlement ou de la discrimination, coder n'y a lieu.*

##### 9.4: Dispositif relatif à la décision attaquée sur la demande spécifique discrimination (principale ou accessoire)

- Confirmation totale (principe et montants)
- Infirmité totale (principe et montants)
- Confirmation sur le principe, modification des montants
- Évocation
- Pas de demande spécifique devant les premiers juges

### 9.5: Montant octroyé / relatif à la demande spécifique du salarié sur discrimination

- Gagné
- Perdu
- Amende
- Peines d'emprisonnement

*Bulle Info : Si la demande est chiffrée, indiquer le montant obtenu en euros, sans le signe €. Si la demande n'est ni chiffrée ni chiffable: sélectionner : Gagné, si la demande est satisfaite sélectionner : Perdu, si la demande est rejetée sélectionner: amendes ou peines d'emprisonnement en cas de sanction pénales*

### 9.6: Autre mesure.

- Aucune
- Réintégration
- Remise de pièces
- Renvoi à un autre juge
- Reconstitution de carrière
- Reclassement
- Mise en inactivité
- Astreinte
- Plusieurs mesures
- Mesures pénales accessoires
- Autre

### 9.7: Montant Art. 700 octroyé au salarié

*Bulle Info: En euros, sans le signe €*

### 9.8: Montant Art. 700 octroyé en l'employeur

*Bulle Info: En euros, sans le signe €*

### 10. Commentaires libres

*Bulle Info :Mettre en évidence les particularités de l'arrêt*

### 11. Textes

*Bulle Info :Textes spécifiques invoqués par le juge pour trancher le litige*

## 12-Extension du litige

- 0-Utilisation rhétorique des termes discrimination ou égalité
- 1-Action individuelle accessoire
- 2- Action individuelle principale
- 3-Collection d'actions individuelle pour un même motif et dans la même entreprise
- 4-Action individuelle ou collection d'actions visant à écarter une norme
- 5-Action en annulation d'une norme

## Annexe 2 : Le programme de recodage des variables pour l'AFC.

```

data source.augmente2;set source.discrim2;
dateRENDUappel=substr(Nom_du_fichier_JURICA,1,8);identAFF=substr(Nom_du_fichier_JURICA,10,
11); array a CODEutiRETH CODEindiACCE CODEindiPRIN CODEindiPLUS CODEecarNORM
APPemplSEUL APPsalaSEUL APPautre MDTtituOUI MDTtituNON SORentrepNON SORentrepLMP
SORentrepFAU SORentrepLEC SORentrepLEI SORentrepRJPA SORentrepRET SORentrepDEM
SORentrepAUT SORentrepDIV PLAobjetSEC PLAobjetPRI PLAmoyenSEC PLAmoyenPRI
PLAautreAUT HOM FEM SECTpasconnu SECTdivers SECTcommerce SECTcadre SECTindustrie
SECTnyalieu FONDSynd FONDegaliteREM FONDegaliteTRT FONDegaliteH_F FONDSante
FONDautre FONDgross FONDrace FONDdivers ANCNr_nr ANC00_03 ANC04_09 ANC10_20
ANC21_pl RESgagneOUI RESperduOUI RESnspOUI SECTautrSERV SECTautrPROD SECTactiDIVE
SECThorsCHAM SECTprodeLEC SECTinduMANU SECTcommREPA SECTtranSPOR
SECTinfoCOMM SECTfinaASSU SECTadmiSOUT SECTsantSOCI FNCTarcoCHEF FNCTlibeCADR
FNCTpipuPROF FNCTpiprEMPL FNCToqONQ FNCTautrDIVE;do over a;a=0;end;
bgcode=Code_de_0___5;
if substr(Code_de_0___5,1,1)="0" then CODEutiRETH=1;else if substr(Code_de_0___5,1,1)="1" then
CODEindiACCE=1; else if substr(Code_de_0___5,1,1)="2" then CODEindiPRIN=1;else if
substr(Code_de_0___5,1,1)="3" then CODEindiPLUS=1; else if substr(Code_de_0___5,1,1)="4" then
CODEecarNORM=1; bgappelant=" ";if Appelant_principal="Employeur seul" then
do;bgappelant="Employeur seul";APPemplSEUL=1;end; else if Appelant_principal in ("Salarié
seul", "salarié seul") then do;bgappelant="Salarié seul";APPsalaSEUL=1;end;else do;bgappelant="Autre
";APPautre=1;end; bgmandat=" ";if Mandat_du_salari_="Titulaire d'un mandat" then
do;bgmandat="Titulaire d'un mandat";MDTtituOUI=1;end;else do;bgmandat="Pas de
mandat";MDTtituNON=1;end; bgsortie=" ";if Mode_de_sortie_de_1_entreprise="PS (pas de sortie)" then
do;bgsortie="PS (pas de sortie)";SORentrepNON=1;end; else if Mode_de_sortie_de_1_entreprise in
("Licenciement pour motif personnel autres") then do;bgsortie="Imp";SORentrepLMP=1;end; else if
Mode_de_sortie_de_1_entreprise="Licenciement pour motif personnel disciplinaire (fautes)" then
do;bgsortie="Imp pour fautes";SORentrepFAU=1;end; else if
Mode_de_sortie_de_1_entreprise="Licenciement pour motif économique collectif" then
do;bgsortie="Lec";SORentrepLEC=1;end; else if Mode_de_sortie_de_1_entreprise="Licenciement pour
motif économique individuel" then
do;bgsortie="Lei";SORentrepLEI=1;end; else if Mode_de_sortie_de_1_entreprise="RJ-PA" then
do;bgsortie="RJ-PA";SORentrepRJPA=1;end; else if Mode_de_sortie_de_1_entreprise in ("Départ à la
retraite", "Préretraite", "Mise à la retraite") then do;bgsortie="Retraite";SORentrepRET=1;end; else if
Mode_de_sortie_de_1_entreprise="Démission" then do;bgsortie="Démission";SORentrepDEM=1;end;
else if Mode_de_sortie_de_1_entreprise="Autre" then do;bgsortie="Autre";SORentrepAUT=1;end; else
do;bgsortie="Divers";SORentrepDIV=1;end;
bgplace=" ";

```

## Liste des Figures

Figure 2 : Les lois pénales en matière de discrimination.....	33
Figure 3 : Les lois sociales en matière de discrimination.....	35
Figure 1A Tableau des normes relatives à la lutte contre les discriminations et pour l'égalité.....	43
Figure 1B Tableau des normes relatives à la lutte contre les discriminations et pour l'égalité.....	44
Figure 4 : Structure de l'échantillon.....	47
Figure 5 : Variables du fichier.....	50
Figure 6 : Échantillon du corpus d'arrêts.....	53
Figure 7 : Répartition des arrêts exclus par origine de juridiction.....	54
Figure 8 : Répartition des arrêts retenus par origine de juridiction.....	55
Figure 9 : Les litiges de discrimination par secteur devant la HALDE.....	57
Figure 10 : Les litiges de discrimination et d'égalité en appel sur les décisions prud'homales (2007-2012) Source : Étude Jurica/PEJC.....	58
Figure 11 : Les litiges de discrimination en matière sociale par cour d'appel.....	59
Figure 12 : Répartition des arrêts de l'échantillon dans les cours d'appel.....	60
Figure 13 : Effectif de départage.....	61
Figure 14 : Histogramme, proportion de départage selon l'objet principal de la demande.....	62
Figure 15 : Tableau, proportion de départage selon l'objet principal de la demande.....	62
Figure 16 : les fondements de la demande spécifique.....	66
Figure 17 : Tableau des motifs en situation.....	70
Figure 17 bis : tableau des résultats en appel pour les demandes hors discrimination.....	75
Figure 17 ter : Tableau croisé des résultats au premier degré et en appel sur la demande spécifique.....	76
Figure 17 quater : Tableau croisé des résultats au premier degré et en appel sur la demande spécifique.....	77
Figure 18 : Série 1, Place de la discrimination et de l'égalité dans le litige.....	79
Figure 19 : Série 2, Objet du litige en-dehors de la demande spécifique.....	80
Figure 20 : Série 3, La position du salarié dans l'emploi.....	81
Figure 21 : Série 4, La fonction occupée par le salarié.....	82
Figure 22 : Série 5, Le secteur d'activité.....	83
Figure 23 : Série 6, Le résultat de l'action en appel.....	84
Figure 24 : Tableau des données 1, fichier total.....	90
Figure 25 : Graphe 1, Axes 1 et 2, variable fondement de la demande.....	91
Figure 26 : Graphe 2, Axe 1 et 2, variables lignes et colonnes.....	92
Figure 27 : Tableau de données 2.....	95
Figure 28 : Graphe 3, Axes 1 et 2, variable fondement de la demande (hors secteur de l'électricité et du gaz).....	96
Figure 29 : Graphe 4, Axes 1 et 2, variables lignes et colonnes, sans le secteur électrique.....	97
Figure 30 : Tableau, répartition des arrêts sur le genre.....	105
Figure 31 : Tableau des séries de discrimination syndicale.....	152