

**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**  
Service de documentation, des études et du rapport.

**IRERP**

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



## **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.