

ZOOM SUR UNE RECHERCHE



LA NON-DISCRIMINATION ET L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE SOCIALE : UNE MISE EN TENSION DES CATÉGORIES DANS ET PAR L'ACTION JUDICIAIRE

Évelyne Serverin

Directeur de recherche au CNRS
Centre de théorie et analyse du droit (CTAD), UMR 7074
Centre d'études de l'emploi (CEE)

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. 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 Révolution abolira l'inégalité civile en proclamant l'égalité des droits, tout en laissant subsister les distinctions entre les citoyens, « selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » (article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen). 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 la déplaçant au-delà de la naissance, dans le mérite et le droit de propriété.

À cette promotion démocratique de l'égalité des droits, est venu s'ajouter, dans le sillage des grands conflits mondiaux, un corps de textes, d'abord internationaux, puis internes, prohibant les discriminations. La discrimination s'est invitée aux côtés de l'égalité comme un moyen de lutter contre les distinctions illégitimes.

Sous cette unité d'objectifs, la différence entre les catégo-

ries demeure, soulevant la question de leur articulation et de leur mobilisation dans l'action. C'est sur cette tension que la recherche réalisée avec le financement de la Mission de recherche Droit et Justice a voulu porter l'attention, en étudiant la manière dont les revendications de discrimination et d'égalité s'articulent et s'actualisent dans l'action judiciaire. L'enquête a porté sur un échantillon de 2 204 arrêts d'appel, issus de la base Jurica (2007-2010). Le traitement systématique de ce corpus à l'aide d'une grille d'analyse de 67 variables a permis de montrer que l'ordre juridique empirique est sensiblement différent de l'ordre classificatoire proposé par la jurisprudence et la doctrine.

Nous présenterons ici quelques-uns des résultats tirés de l'exploitation quantitative des arrêts, sous l'angle de leur fréquence, de leur contexte, et de leur dimension collective.

Des litiges en faible nombre sur un nombre réduit de motifs

D'un point de vue quantitatif, les constats sont ceux d'une faiblesse du contentieux de discriminations et de l'égalité sur quatre points : sur leur part dans l'ensemble du contentieux social, dans la diversité des motifs évoqués, sur leur importance dans les litiges, sur les résultats obtenus.

1. Si plus de 85 % des arrêts analysés relevaient du droit

social, la proportion des affaires en appel relevant de la matière prud'homale qui comporte ce contentieux spécifique est très faible, autour de 2 % par an.

2. 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 litiges : égalité de rémunération (travail égal), activités syndicales ou mutualistes, égalité de traitement. En regroupant ces motifs par proximité logique, on peut dégager quatre ensembles :

▶ Le premier comporte deux principes d'égalité « abstraite » : égalité de rémunération (travail égal), égalité de traitement autre que la rémunération. À eux seuls, ils représentent 41,9 % des motifs.

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

▶ Un dernier ensemble regroupe les revendications peu, ou mal caractérisées (8,39 % des motifs).

Ces regroupements mettent en évidence la place réduite occupée par les discriminations liées à un certain « état » des personnes, notamment à leur sexe. Les salariés semblent se situer plus facilement dans une problématique d'égalité au regard de « ce qu'ils font », que dans une position victimaire en raison de « ce qu'ils sont ».

3. Seulement 30,8 % des litiges sont initiés à titre principal pour des motifs de discrimination ou d'égalité. L'extension des contentieux 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 salariés sont perdants sur les motifs spécifiques dans 64,4 % des litiges. 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). Par contraste, les demandes principales formées hors discrimination connaissent seulement 34,3 % d'échec. Il semble donc bien y avoir une difficulté plus grande pour les demandeurs à avoir gain de cause sur des demandes relatives à la discrimination ou à l'égalité, difficultés dont l'origine semble tenir à leur preuve et au « flou » des opérations de comparaison. Enfin, si l'on compare les résultats de ces demandes spécifiques au premier degré et en appel, on constate que la situation des salariés est améliorée par le recours : 75 % étaient perdants en première instance, pour 64,4 % en appel, l'écart étant plus grand encore en cas de départage (77 % de demandeurs déboutés en départage, pour 63 % en appel).

Des configurations litigieuses contrastées

Les situations litigieuses apparaissent contrastées selon les motifs, et s'opposent selon trois axes dans une analyse factorielle.

1. En comparant entre eux trois des motifs les plus fréquents, représentant 65 % des litiges (travail égal, discrimination syndicale, égalité de traitement), on dégage trois figures d'action.

▶ Les actions en 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'activités tertiaires.

2. Une analyse factorielle, menée sur l'ensemble des variables, a permis de dégager trois axes :

▶ Le premier axe oppose la logique de revendication d'égalité genrée, essentiellement soutenue par des hommes, et la logique de la plainte contre des actes discriminatoires. D'un côté, l'action est exercée contre la règle, de l'autre, elle est exercée contre l'entreprise à qui sont imputés des actes discriminatoires.

▶ Le second axe 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 troisième axe 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.

La difficile constitution de collectifs

Les litiges appartenant à ce champ sont le plus souvent individuels, phénomène relevé dans d'autres études empiriques sur les contentieux, notamment aux États-Unis¹. Cependant, ce constat partagé sur le poids statistique des affaires individuelles ne doit pas occulter l'importance politique que revêtent les affaires à dimension collective. Les actions porteuses d'enjeux collectifs, même en faible nombre, peuvent avoir des effets visibles au plan général. L'étude nous a permis de dégager deux espèces de collectifs : des collections d'actions pour un même motif dans la même entreprise; des actions individuelles ou collectives tendant à écarter une norme.

▶ Les collections du type 1, les plus nombreuses, rassemblent des salariés porteurs d'un intérêt individuel commun au sein d'une même entreprise. Selon les choix procéduraux, ces litiges donnent lieu à des séries de décisions ou à des décisions uniques comportant un nombre élevé de parties.

▶ Les collections de type 2 (actions individuelles ou collectives tendant à écarter une norme), bien que peu nom-

breuses, ont une portée potentiellement très étendue. Une seule affaire suffit à écartier 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 chaîne².

Les propositions de réforme, récemment formulées sur l'action de groupe dans le domaine des discriminations et de l'égalité, visent les collectifs de type 1 qui se forment au sein de l'entreprise³. Mais la résistance est forte contre l'instauration de nouveaux moyens d'action contentieuse, comme le montre le retrait par le gouvernement d'un amendement ajouté en ce sens au projet de loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁴.

Cette mésaventure nous enseigne que les revendications d'égalité et de non-discrimination s'inscrivent dans une dynamique fondamentalement contentieuse qui travaille les catégories en-deçà et au-delà de la scène des tribunaux, appelant à des observations empiriques en d'autres lieux et sur d'autres porteurs d'actions.

► En savoir plus : www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?1227

1 – 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.

2 – Pour une réflexion sur les voies procédurales par lesquelles se construisent les effets collectifs, v. « Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel », Ismaël Omarjee et Laurence Sinopoli, coord., CEJEC, Nanterre, Collection Études et commentaires, Dalloz, février 2014.

3 – L. Pecaut-Rivolier, D. Pons, Rapport sur les discriminations collectives en entreprise. Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, décembre 2013.

4 – Lire dans *Les Échos* du 31 janvier 2014 la protestation contre cette suppression co-signée par des juristes et des syndicats, « Il faut renforcer la lutte contre les discriminations ».

PRIX CARBONNIER 2013



Cérémonie de remise du Prix Carbonnier à Pauline Abadie

Le Prix Jean Carbonnier 2013 a été attribué à Pauline Abadie pour sa thèse « *Entreprise responsable et environnement. Essai d'une systématisation en droits français et américain* », effectuée sous la direction de

La lauréate, Pauline Abadie, et Christiane Taubira, Garde des Sceaux © MJ/DICOM/C. Montagné

Jacqueline Morand-Deville (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) et de François-Guy Trébulle (Université Paris I Panthéon-Sorbonne).

La cérémonie de remise du Prix Carbonnier a eu lieu au ministère de la Justice, en présence de Madame la Garde des Sceaux.

► En savoir plus : www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article1194

COLLOQUE

Mission de recherche Droit et Justice

« La QPC. Vers une culture constitutionnelle partagée ? »

La Mission de recherche organise, le **24 mars 2014**, un **colloque sur la question prioritaire de constitutionnalité** qui se tiendra au Palais du Luxembourg, à Paris.

Ce colloque présentera les recherches de trois équipes, issues d'un appel à projets du GIP sur la QPC :

- le Centre de recherches Droits et perspectives du droit (Université Lille 2)
- le Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (Université Montpellier 1)
- l'UMR Droits international, comparé et européen (CNRS / Aix-Marseille Université / Université du Sud / Université de Pau et des Pays de l'Adour).

PROGRAMME

Le contrôle de la question : principe et pratiques du filtrage

Sous la présidence de Christian CHARRUAULT, Président de la première chambre civile de la Cour de cassation

- 9h00 – 10h00 Répartition verticale du filtrage
- 10h00 – 11h00 Déclinaisons horizontales du filtrage
- 11h00 – 12h00 Appropriations plurielles du filtrage

Le contrôle de la loi : la constitutionnalité en questions

Sous la présidence de Bernard STIRN, Président de la section du contentieux du Conseil d'État



- ▶ 14h30 – 15h30 Nature du contrôle
- ▶ 15h30 – 16h30 Contexte du contrôle
- ▶ 16h30 – 17h30 Portée du contrôle

17h30 – 18h00 **Clôture du colloque**

Jean-Louis DEBRÉ, Président du Conseil constitutionnel

- ▶ **Date limite d'inscription : 14 mars 2014**
- ▶ **Inscription uniquement par mail :**
colloque@gip-recherche-justice.fr
- ▶ **En savoir plus :**
www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article1217

APPELS À CANDIDATURES

Prix Jean Carbonnier et Prix Vendôme

La campagne 2014 de recueil des candidatures pour le Prix Jean Carbonnier de la recherche sur le droit et la justice et pour le Prix Vendôme est ouverte.

- ▶ **Date limite de dépôt des candidatures : 18 avril 2014**
- ▶ **En savoir plus :**
www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article1196

RAPPEL – Poste de directeur(trice) adjoint(e) de la Mission de recherche Droit et Justice

Le CNRS recherche un(e) directeur(trice) adjoint(e) pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice.

- ▶ **Date limite de dépôt des candidatures : 7 mars 2014**
- ▶ **En savoir plus :**
www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article1189

APPELS À PROJETS

Lancement de trois nouveaux appels à projets

Dans le cadre de l'exécution de sa programmation scientifique 2014, la Mission de recherche lance trois nouveaux appels à projets sur les thématiques suivantes :

- ▶ **Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde**
- ▶ **Étude sur la mise en œuvre des codes de gouvernance**

d'entreprise

▶ **La formation initiale et continue des professionnels du droit au regard des évolutions juridique, judiciaire, technologique et sociale.**

- ▶ **Date limite : 16 mai 2014**
- ▶ **En savoir plus :**
www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article1214

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Dépôt de projets hors appels à projets

Vous pouvez déposer un projet de recherche (en dehors de la procédure d'appels à projets), une demande de subvention pour un colloque ou d'aide à une publication. Ces projets seront évalués par le Conseil scientifique de la Mission, qui se réunira le **31 mars 2014**.

- ▶ **Date limite de dépôt des dossiers : 7 mars 2014**
- ▶ **En savoir plus :**
www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article1199

NOS RECHERCHES

Remise en cause des concepts du droit des sociétés par les techniques de financement

Frédéric LEPLAT, Université de Rouen
Bruno DONDERO, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne
Lamia EL BADAWI, Docteur en Droit

Le droit de vote est la source principale du pouvoir de l'actionnaire. Il est originellement conçu comme la contrepartie du risque en capital pris par les actionnaires.

Les dérogations au principe de proportionnalité suscitent des inquiétudes. Tel est en particulier le cas d'une pratique dite du vote vide ou *empty voting* lorsque l'actionnaire ne subit aucun risque ou de l'*hidden ownership* lorsque les risques inhérents à la qualité d'actionnaire sont économiquement transférés à un tiers occulte (le *decoupling* désignant ensemble l'*empty voting* et l'*hidden ownership*). Cette pratique opère une dissociation, du point de vue économique, entre le risque attaché à la qualité d'actionnaire et le droit de vote.

L'étude a eu pour objet de cerner la réalité de ce phénomène auprès de différents acteurs institutionnels et au-

près des sociétés cotées afin de déterminer les difficultés rencontrées et les solutions envisagées. Pour ce faire, un questionnaire a été adressé aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé. Ce questionnaire a été complété par des entretiens auprès d'acteurs institutionnels et de directeurs financiers et juridiques ainsi que divers spécialistes de ces questions.

Le *decoupling* ne peut être enfermé dans une catégorie juridique nommée par le législateur. Aucune des législations étudiées n'est parvenue à donner une définition pertinente de cette pratique. En réalité, le système juridique dispose cependant déjà des moyens permettant de lutter efficacement contre une telle pratique grâce aux notions d'abus de droit et de fraude. Il ne peut en être ainsi qu'à condition de laisser au juge ou à l'autorité de marché un large pouvoir d'appréciation lui permettant de rechercher *in concreto*, au moyen de faisceaux d'indices si, en l'espèce, la fraude ou l'abus de droit est bien le seul objectif poursuivi. Renforcer le pouvoir du juge, en particulier au regard des sanctions, tout en lui laissant un large pouvoir d'appréciation, éventuellement guidé par un faisceau d'indices, paraît le seul moyen d'appréhender le phénomène économique. Cette conclusion rejoint l'opinion des personnes interrogées lors de l'enquête : elles sont majoritairement défavorables à l'inflation de la réglementation financière qui, de surcroît, ne parvient ni à devancer l'imagination de la pratique, ni à distinguer les techniques *decoupling* licites de celles devant être sanctionnées, car contournant des dispositions impératives.

► **En savoir plus :**
www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article1226

NOTES DE LECTURE

Le principe de nécessité en droit pénal



Olivier CAHN, Karine PARROT (dir.)
 LGDJ, Paris, 2014

« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » proclamait-on en 1789. Quelle est aujourd'hui la portée du principe de nécessité de la loi pénale en France ? C'est à cette question située aux confins du droit pénal et des

libertés publiques que la première journée d'"études radicales" du LEJEP a été consacrée (Université de Cergy-Pontoise, mars 2012). L'objectif était précisément de confronter la doctrine modérée aux thèses radicales à l'endroit du principe de nécessité de la loi pénale. Dans le champs

du droit pénal, la modération doctrinale a longtemps été justifiée par la tempérance législative due aux thèses progressistes de la Défense sociale nouvelle, pour lesquelles la répression doit tendre concomitamment à la paix sociale et la réinsertion des délinquants. Dans ce sillon, la politique pénale se trouvait, d'une part, gouvernée par les principes hérités des Lumières et du Conseil national de la résistance et, d'autre part, idéologiquement située entre deux radicalismes : le positivisme utilitariste à droite et le néomarxisme à gauche. L'adhésion récente des gouvernants aux thèses néoconservatrices du *Law and Order* a bouleversé cet équilibre et vu naître un nouveau modèle pénal où celles et ceux qui se revendiquent des principes de 1789 et 1945 sont désormais qualifiés de "radicaux".

À travers l'actualité du principe de nécessité de la loi pénale, les actes de cette journée d'études voudraient contribuer à la discussion et à la critique des propositions de la doctrine radicale.

► **En savoir plus**

La démocratie sanitaire : mythe ou réalité ?



Cécile CASTAING (dir.)
 Les Études hospitalières,
 Bordeaux, 2014

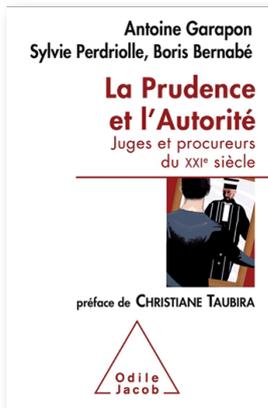
Alors que la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique a remis son rapport au président de la République intitulé « Pour un renouveau démocratique », est-il besoin de penser à un "renouveau de la démocratie sanitaire" ? La démocratie sanitaire n'est-elle pas nécessairement en proie aux mêmes difficultés ou errances que

la démocratie politique ? S'il est quelque peu devenu un lieu commun envahissant de dresser un bilan de l'application d'une loi ou de l'entrée en vigueur d'une nouvelle procédure ou d'un nouveau principe, et d'instruire alors le propos à charge et à décharge, il est intéressant aujourd'hui de céder à cette mode pour mesurer la réalité de la démocratie sanitaire.

Bien plus qu'un bilan, l'objet de la journée d'études sur « La démocratie sanitaire : mythe ou réalité ? » – dont le présent ouvrage rassemble les actes – était de réfléchir sur la pertinence de la déclinaison, dans la loi, de la démocratie sanitaire. Dans quelle mesure l'existence d'un corpus juridique, destiné à agir sur les comportements des acteurs de santé et à leur imposer le respect de principes, peut-il compenser le déficit de la culture démocratique ? La qualité de la norme elle-même a fait l'objet d'une réflexion. Comment parler de démocratie quand la norme est complexe, illisible, inaccessible ? Une telle analyse n'aurait pu se faire sans une prise en compte des fondations de la démocratie sanitaire et des difficultés de sa mise en œuvre.

► **En savoir plus**

La Prudence et l'Autorité. Juges et procureurs du XXI^e siècle



Antoine GARAPON, Sylvie PERDRIONNE et Boris BERNABÉ
Odile Jacob, Paris, 2014

La justice est en crise. Elle doit aujourd'hui se réformer. Comment en améliorer la qualité, avec des moyens réduits ? Sûrement pas en réduisant ses fonctions ou en se contentant de modifier la carte judiciaire. Pour bâtir la justice du XXI^e siècle, c'est plutôt d'une ré-

flexion en profondeur sur les différentes facettes des missions des juges et des procureurs qu'il faut partir. Une telle réflexion permettrait de distinguer ce qui relève vraiment du procès et ce qui serait mieux traité autrement – par les associations, les élus, les avocats et bien sûr les parties elles-mêmes ; surtout, elle revitaliserait notre démocratie en associant mieux les justiciables et l'ensemble de la société à l'œuvre de justice. C'est ce que propose cet ouvrage, qui ne prétend pas définir ce que l'institution judiciaire devrait être, mais plutôt analyser ce qu'elle est, en s'intéressant aux hommes et aux femmes qui la rendent quotidiennement, à leurs aspirations et à leurs interrogations, en cherchant à saisir, au plus près des pratiques concrètes, comment s'élabore la décision judiciaire, en rassurant les juges sur le sens de leur office – non pas par des solutions techniques, mais en retrouvant le lien perdu avec la justice.

► [En savoir plus](#)

AGENDA

► 7 mars 2014
Colloque
[L'avenir du droit des biens](#)

► Date limite : 14 mars 2014
Date du colloque : 24 mars 2014
Colloque – Mission de recherche Droit et Justice
[La QPC. Vers une culture constitutionnelle partagée ?](#)

► Date limite : 14 mars 2014
Appel à contributions
[Police et justice : le nœud gordien.](#)
[Du temps des Lumières à l'État libéral \(1750-1850\)](#)

► 15 mars 2014
Appel à contributions
[Les avocats en temps de guerre](#)

► 25-26 mars 2014
Colloque
[Savoirs, politiques et pratiques de l'exécution des peines en France au XX^e siècle](#)

► 27 mars 2014
Colloque
[La victime dans le procès pénal après la Directive 2012/29/EU](#)

► Date limite : 31 mars 2014
Appel à contributions
[Violences dans les institutions universitaires.](#)
[Représentations, régulations et jurisprudences](#)

► 3 avril 2014
Colloque
[La lutte contre les pratiques extrémistes dans une société démocratique](#)

► 11 avril 2014
Conférence
[Le sens de la peine. De la théorie à la pratique](#)

► 11 avril 2014
Journée d'étude
[Comment être parent en prison ? Un défi aux institutions](#)

► 15-16 avril 2014
Colloque
[Religion et contestation](#)

► 22 mai 2014
Colloque international
[Les libertés et la partition de l'espace](#)

► [Plus d'informations sur les événements scientifiques](#)

N'hésitez pas à nous signaler les manifestations scientifiques (colloques, journées d'études, appels à projets ou à communications, etc.) ainsi que les livres récents dont vous avez connaissance.

Directeur de la rédaction : Georges Garioud
Responsable éditoriale : Sandrine Clérisse

Mission de recherche Droit et Justice

13 Place Vendôme (Site Michelet) – 75042 Paris Cedex 01
01 44 77 66 60 / mission@gip-recherche-justice.fr / www.gip-recherche-justice.fr