

Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées. Note de synthèse

Marie Mercat-Bruns, Jeremy Perelman, Daniel Borrillo, Lucie Cluzel-Metayer, Janie Pélabay, Réjane Sénac, Lisa Ammon, Jérémie Kouzmine, Clara Gandin, Olga Mamoudy

▶ **To cite this version:**

Marie Mercat-Bruns, Jeremy Perelman, Daniel Borrillo, Lucie Cluzel-Metayer, Janie Pélabay, et al.. Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées. Note de synthèse. [Rapport de recherche] Sciences Po (École de droit / CNRS, Cevipof); Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques (CERSA). 2016. hal-02501138

HAL Id: hal-02501138
https://cnam.hal.science/hal-02501138

Submitted on 6 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

SciencesPo
ÉCOLE DE DROIT

LES JURIDICTIONS ET LES INSTANCES PUBLIQUES DANS LA MISE EN OEUVRE DE LA NON-DISCRIMINATION : PERSPECTIVES PLURIDISCIPLINAIRES ET COMPAREES

Note de synthèse

Sous la direction scientifique de :

Marie Mercat-Bruns, CNAM (LISE) et Ecole de droit de Sciences Po
Jeremy Perelman, Ecole de droit de Sciences Po

En collaboration avec :

Daniel Borrillo, Université Paris Ouest Nanterre La Défense et CERSA
Lucie Cluzel-Métayer Université de Nancy et CERSA
Janie Pélabay, CEVIPOF, Sciences Po
Réjane Sénac, CNRS, CEVIPOF, Sciences Po
Lisa Ammon, Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis
Jérémie Kouzmine, Ecole Française du Barreau
Clara Gandin, Ecole Française du Barreau
Olga Mamoudy, Université Paris Sud

Juin 2016

SCIENCES PO (Ecole de droit / CNRS, CEVIPOF) – CERSA

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice et le Défenseur des Droits

INTRODUCTION

La discrimination est une notion juridique qui pénètre progressivement dans le corpus juridique français[1], dans le contentieux et dans le discours institutionnel mais non sans résistances[2]. L'interdiction de la discrimination tire sa force de son ancrage dans le droit international et le droit européen ; pour autant, sa consécration ne garantit pas sa mise en œuvre effective[3] par les juridictions et les institutions. Celles-ci se l'approprient tout en exprimant des réserves quant à sa définition et ses usages. « Il ne faut pas, de proche en proche, voir de la discrimination partout » nous prévient un magistrat de la Cour de cassation. La reconnaissance *formelle* du rôle cardinal des droits fondamentaux en droit interne et dans la sphère institutionnelle n'est pas contestable et s'inscrit dans une dynamique du droit global autour des droits humains que nos recherches comparées avec les Pays-Bas confirment.[4] Cependant, en pratique, certaines peurs s'exprimant dans l'opinion publique et dans le discours institutionnel tendent à amoindrir l'importance de la non-discrimination en tant que droit fondamental. Dans un contexte se caractérisant par des préoccupations économiques et sécuritaires, la lutte contre les discriminations est en effet perçue à la fois, comme étant nécessaire et à préserver des dérives du multiculturalisme.

PROBLEMATIQUE ET OBJECTIFS DE LA RECHERCHE

Les auteur.e.s de ce projet de recherche proposent une analyse pluridisciplinaire articulant le droit et la science politique. L'objectif est d'analyser si les juges et les institutions expriment des appréhensions à la mise en œuvre de la non-discrimination ou s'ils investissent peu ce champ du droit pour privilégier la promotion d'instruments alternatifs de médiation ou de prévention des discriminations en promouvant d'autres discours sur l'égalité et la cohésion sociale, tels que ceux de la *soft law.* Cette problématisation a été enrichie par une mise en perspective grâce à une étude de la mise en œuvre de la non-discrimination aux Pays-Bas.

Cette recherche se singularise par son cadre d'analyse et sa démarche interdisciplinaires et comparés qui permet de mettre en exergue les différentes facettes de la mise en œuvre de la non-discrimination par les institutions et les juges.

---

[1] Voir le rapport de la Cour de cassation, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, La documentation française , rapport annuel 2008, p. 61 ; L. Cluzel, M. Mercat-Bruns, *Etude comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, étude proposée à la Halde La Documentation française*, 2011 ; D. Borillo, « Apport philosophique et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations », in *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*, 2008, p. 33 , M. Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Dalloz, 2013 ; M. Mercat-Bruns, *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, Oakland, University of California Press, 2016.

[2] R. Sénac, *L'égalité sous conditions : genre, parité, diversité,* Paris, Presses de Sciences Po, 2015.

[3] Selon Antoine Jeammaud, l'effectivité n'est pas, en principe, une question qui intéresse le juriste, sa tâche est consacrée « à trouver la cohérence des règles de droit, également interpréter et appliquer les normes générales et abstraites à des cas d'espèce ». Pourtant *l'effectivité* semble pertinente dans le cadre d'une recherche interdisciplinaire (droit, science politique). L'effectivité du droit, selon Jeammaud, devient « *un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans "l'univers abstrait des règles" et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales* » ; Voir Antoine Jeammaud, « Le concept d'effectivité du droit », *in* Philippe Auvergnon (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, 2006, p. 34.

[4] Voir le dernier rapport d'activité de la CNCDH qui évoque les discriminations, 28/06/2016 : http://www.cncdh.fr/fr/publications/rapport-dactivites-2015

Les objectifs de la recherche sont de faire ressortir, de manière transversale, les zones de résistances ou d'innovations dans la mise en œuvre de la non-discrimination par les juges et les institutions dans une perspective comparée (France/Pays-Bas). Notre recherche a testé l'hypothèse de l'émergence d'un nouveau droit de la non-discrimination qui s'appliquerait à l'ensemble de la hiérarchie des normes dans un sens vertical et horizontal, et à l'ensemble des rapports privés et publics. Avec l'explosion du nombre de critères prohibés[5], l'adoption d'une action en justice propre[6] et le développement des champs du droit couverts (publics et privés), quelle est la reconnaissance éventuelle d'une nouvelle discipline ou spécialisation du droit de la non-discrimination au-delà de l'énonciation d'un principe ?[7] Nos travaux se sont intéressés, au-delà de la mise en œuvre du droit de la non-discrimination, à la mise en œuvre de la non-discrimination comme principe.[8]
La question n'est pas non plus de savoir si on trouve davantage de discriminations dans le contentieux, ni même si l'on se focalise de plus en plus sur les discriminations, mais d'examiner comment la non-discrimination est mobilisée.
Les résultats sont recueillis dans chaque champ séparément mais sont ensuite croisés par des échanges de questionnements et des comparaisons.

METHODOLOGIE

L'intérêt de la recherche réside dans l'ampleur des domaines analysés et dans l'adoption d'une grille de lecture commune pour les entretiens. Le cadre d'observation couvre, à la fois, l'ensemble des branches du droit public et privé (administratif, travail, civil), une analyse en science politique ainsi qu'une analyse d'un système étranger (celui des Pays-Bas). Ce cadre triangulaire permet d'examiner la mise en œuvre de la non-discrimination à travers des prismes différents, pour ensuite les croiser et faciliter un dialogue interdisciplinaire et comparé.

L'analyse juridique a recouvert des analyses jurisprudentielles en droit civil, administratif et en droit du travail français, complétées en droit administratif et en droit du travail par une analyse d'entretiens. L'analyse politique a été fondée sur le croisement d'une enquête qualitative avec l'analyse des discours publics, rapports, travaux et déclarations sur l'application du droit de la non-discrimination. L'analyse interdisciplinaire (politique et juridique) menée aux Pays-Bas s'est fondée, sur une série d'entretiens s'inspirant de la grille de lecture politiste utilisée en France. Enfin, des réunions régulières et la mission interdisciplinaire à l'étranger ont permis d'échanger sur des interrogations croisées qui

[5] *Loi n°2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale :* cette loi inscrit la précarité sociale comme 21ème critère de discrimination dans le droit pénal, dans le droit du travail, ainsi que dans 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.
[6] Voir infra projet de loi sur l'action de groupe en cours d'adoption: http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3872.asp
[7] A quel moment le droit devient une matière, une discipline particulière ? Voir J-L. Fabiani, « A quoi sert la notion de discipline », in *Qu'est-ce qu'une discipline*, Paris, Ed. l'EHESS, 2006, p. 11. Selon A. Jeammaud, une discipline du droit est l'activité ou l'ensemble des activités de connaissance des problèmes juridiques d'un secteur des relations sociales et des solutions que prétendent leur procurer les règles juridiques en vigueur (qui peuvent appartenir à des branches juridiques différentes de l'ordre juridique concerné) ». Voir A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence Revue critique*, 2010, p. 186.
[8] En attendant la consécration éventuelle d'un droit de la non-discrimination comme ont pu émerger un droit de la consommation ou un droit de l'environnement

émergent des différentes études accomplies et qui culminent par une confrontation des résultats et des conclusions communes.

Méthodologie politiste

Le volet de science politique de cette recherche s'inscrit dans un rapport de synergie avec le volet juridique dans la mesure où il a pour objectif d'éclairer le lien entre normes juridiques et politiques. Il s'agit d'analyser les enjeux politiques qui sous-tendent, à la fois les avancées et les résistances quant à la mise en œuvre du droit de la non-discrimination en France.

Suivant Edelman[9] qui souligne l'importance du langage dans la légitimation d'une politique publique, a été examinée la manière dont les différents acteurs et institutions définissent le principe de non-discrimination, à la fois comme norme et comme pratique (Schmidt & Radaelli 2004). Dans ce but, a été croisée l'analyse des discours publics, rapports, travaux et déclarations sur l'application du principe de non-discrimination avec celle d'une enquête qualitative élaborée dans l'objectif d'interroger les actrices et acteurs concerné.e.s, aussi bien des responsables politiques, institutionnels, associatifs que syndicaux. L'enquête qualitative a été menée selon la technique de l'entretien semi-directif. Certains entretiens politistes de 2015 ont été effectués en présence de juristes, permettant de consolider la démarche interdisciplinaire.

Le dernier volet de cette recherche politiste est consacré à l'étude de l'application des règles de non-discrimination aux Pays-Bas ayant pour objectif la mise en perspective des résultats des volets politistes et juridiques.

Méthodologie aux Pays-Bas

Trois voyages d'une politiste et une juriste aux Pays-Bas ont été réalisés pour ce volet afin de mener une étude qualitative auprès de représentants des différents acteurs participants à la mise en œuvre de la non-discrimination : spécialistes et universitaires de la non-discrimination, représentants du Collège pour le droit de l'homme, des agences locales et régionales, du service du procureur, de la police, de deux ministères ainsi que des personnalités ayant participé à mise sur l'agenda de la non-discrimination aux Pays-Bas dans les années 1980 pour pouvoir retracer l'histoire et la conceptualisation du principe de la non-discrimination comparé à la France.

Pour permettre une comparaison des résultats en France avec ceux de l'enquête aux Pays-Bas, la même grille d'entretien des politistes a été employée en l'adaptant spécifiquement aux questionnements propres aux Pays-Bas (suivant la méthodologie de l'entretien semi-directif). Par exemple, une attention particulière vouée au thème du multiculturalisme (en comparaison avec la vision républicaine en France). Du point de vue de l'interlocuteur étranger, il est intéressant de savoir s'il existe une « approche française » de l'égalité ou de la non-discrimination, un modèle français qui peut être reproduit ou rejeté à l'étranger.

Les entretiens réalisés sur place ont été complétés par un travail de recherche sur les réformes institutionnelles récentes au niveau national (Collège pour les droits de l'homme) et

[9] Murray Edelman, *Political Language. Words that succeed and Policies that Fail*, New York, Academic Press, 1977.

au niveau local (réforme créant les services d'accueil au niveau municipal pour les victimes de discrimination) et un travail de documentation et de contextualisation (rapports publics, actualités médiatiques, statistiques etc.) des entretiens – autant que la barrière de la langue le permettait, les ressources disponibles en français, anglais ou allemand étant limités. Sans connaissance du néerlandais, une étude de la jurisprudence n'a pas été faite, les résultats se présentent donc davantage sous un point de vue politiste même si les entretiens ont été réalisés en binôme juriste – politiste.

Méthodologie juridique

Il faut différencier les méthodes utilisées en droit administratif, en droit du travail (jurisprudence et entretiens) et en droit civil car l'analyse de l'action des juridictions civiles s'est concentrée sur les travaux de doctrine et de jurisprudences sans entretiens.

L'idée sur l'analyse du contentieux, à l'issue de ce recensement**,** n'était pas de procéder à un inventaire exhaustif, mais à une sélection de la jurisprudence pertinente, témoignant d'une avancée ou au contraire d'une résistance face à l'intégration du droit européen des discriminations et de faire un parallèle avec l'évolution des modes de raisonnement des différents juges. L'analyse devant in fine mettre en regard les évolutions jurisprudentielles avec celles du discours politique.

Devant les juridictions administratives :

Plusieurs indices laissent penser que, depuis l'arrêt du 30 octobre 2009 Mme Perreux, le juge administratif sanctionne de manière de plus en plus effective les discriminations provoquées, souvent sans qu'elle en ait l'intention, par l'administration. Fort de l'intégration du droit de l'Union, le juge administratif procède en effet à un aménagement de la charge de la preuve qui permet une sanction plus efficace des discriminations. La jurisprudence administrative est ainsi marquée par des avancées significatives. Mais l'analyse des jugements des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et des décisions du Conseil d'Etat montre également que persistent certaines difficultés dans l'appréhension et la sanction de la discrimination. Seule une étude jurisprudentielle suivi d'entretiens avec des juges pouvait mettre en exergue ces intuitions et ces tendances.

De ce matériau jurisprudentiel recueilli a progressivement émergé une grille de lecture permettant d'identifier les résistances mais aussi les avancées réalisées pour intégrer le droit de la non-discrimination. Cette grille a permis de préciser le questionnaire que nous avons proposé, dans un second temps, aux magistrats.

Le croisement de l'analyse jurisprudentielle et des entretiens réalisés sur la base du questionnaire proposé a permis de tirer des conclusions qui ont été, bien sûr, étayées ensuite par une actualisation des sources. Ces conclusions ont été régulièrement confrontées à celles des collègues privatistes et politistes de manière à trouver les lignes de force de l'évolution des discours juridiques et politiques.

Devant les juridictions civiles

L'étude jurisprudentielle s'est concentrée sur les chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation dans le domaine du droit des personnes, du droit des contrats et du droit de la famille à la lumière du droit européen. Une observation de la pensée doctrinale a

complété cette étude jurisprudentielle. L'analyse a été étayée par une étude d'arrêts sur la base de données de la Cour de cassation Jurica des arrêts des Cours d'appel (1ère et 2ème chambre civile).

Devant les juridictions du travail

Elle comporte deux volets : l'un jurisprudentiel et l'autre sous la forme d'entretiens. Le champ d'analyse de la jurisprudence couvre la période des décisions de la chambre sociale des Cours d'appel et de la Cour de cassation à partir de 2010 jusqu'à janvier 2015 (JURICA) avec quelques arrêts de 2015-2016. Certaines décisions des Conseil de Prud'hommes peuvent être concernées lorsqu'elles ont été révélées notamment par les médias et par les réseaux de chercheurs. Ce choix du curseur temporel s'explique par l'existence d'une étude antérieure d'E. Serverin et F. Guiomard pour la Mission Droit et Justice sur les arrêts de cours d'appel de 2007 à 2010 à partir de la base de donnée Jurica de la Cour de cassation et d'une deuxième analyse synthétique d'arrêts plus récents des cours d'appel (2006-2013) pour la Mission Droit et Justice, dirigée par le Professeur Bernard Bossu.[10] Donc cette recherche est partie des arrêts relevés par le Défenseur des droits dans le contentieux du travail et les suggestions de responsables documentaires du Défenseur d'approfondir les recherches jurisprudentielles en signant une convention Jurica pour la période 2010-2015. Comme pour les recherches de jurisprudence administrative, il ne s'agissait pas de relever l'ensemble des décisions sur les discriminations mais celles qui révèlent une appropriation nouvelle de ce corpus juridique ou qui ignorent, écartent, de façon caractérisée, les qualifications propres à ce droit.

L'analyse de cette jurisprudence assez fournie en droit du travail a été complétée, dans un deuxième temps, par des entretiens avec des juges, notamment des chambres sociales, au niveau de l'appel et de la Cour de cassation afin de relever les convergences ou les divergences entre les argumentations des décisions et l'appréhension plus générale des juges de la non-discrimination. En effet, sur le plan du droit du travail, l'idée n'était pas d'interroger certains juges en fonction de leurs décisions souvent assez claires mais plutôt d'envisager, à l'aune des discours institutionnels relevés par nos collègues politistes, les espaces de résistance ou les modes d'appropriation de ce droit appliqués au travail. Quels sont les modes de compréhension de la non-discrimination, sa portée, ses rapports avec le principe de l'égalité de traitement, aussi présente en droit du travail et les pans du droit du travail qui semblent privilégiés ou mieux connus ?

Enfin, afin de comprendre l'absence du contentieux dans différents champs de l'interdiction des discriminations fondées sur certains critères ou le faible contentieux en matière de discriminations indirectes, il est apparu progressivement opportun de croiser les propos des juges avec des entretiens auprès des inspecteurs du travail, des avocats spécialisés et des juges prud'homaux qui peuvent mettre en œuvre ce droit de la non-discrimination. La grille des questions utilisée dans tous les entretiens est celle élaborée par les politistes mais adaptée par les juristes travaillistes de l'étude.

Regards croisés des résultats de l'étude politiste et juridique :

[10] E. Serverin, F. Guiomard, « Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Décisions JURICA (2007-2010) », 2013, pour la Mission Droit et Justice. Voir Etude de 1578 décisions d'appel (2006-2013), *Les discriminations dans les relations de travail devant les cours d'appel : La réalisation contentieuse d'un droit fondamental*, sept. 2014 pour Mission Droit et Justice, dir. B. Bossu, Univ. de Lille 2.

Il s'est agi, dans un troisième temps, de croiser les résultats des trois analyses jurisprudentielles, des analyses des politistes et des analyses comparées avec les Pays-Bas. La faisabilité de ce croisement a reposé sur la définition d'une grille de lecture faisant apparaître des questionnements communs et servant, à ce titre, de base d'analyse transversale. Afin de coordonner les approches par discipline, des réunions de partage des résultats en cours avec l'ensemble de l'équipe ont eu lieu régulièrement en 2014, 2015 et 2016 et certains entretiens de politistes se sont déroulés en présence des juristes.

En premier lieu, les questionnements tirés des résultats des politistes ont sollicité des réponses issues des analyses jurisprudentielles croisées et de la perspective comparative avec les Pays-Bas. En deuxième lieu, à leur tour, forts de leurs résultats jurisprudentiels et par entretien, les juristes ont soumis aux politistes des interrogations à la fois sur la France et sur les Pays-Bas. S'est parachevé ainsi un dialogue interdisciplinaire et comparé très fructueux et dynamique tout au long de ce projet de recherche grâce, entre autres, à une grille d'entretien partagée, qui a permis de faire émerger quelques conclusions transversales communes aux recherches disciplinaires.

TERRAINS ET DONNEES DE LA RECHERCHE

Précisons les terrains pour les études des décisions jurisprudentielles et pour les entretiens.

Terrain politiste en France :

L'enquête qualitative a été ainsi menée auprès :
(1) de membres du gouvernement ou de cabinet ministériel (ministères en charge de l'emploi, de la politique de la ville, des droits des femmes, de la lutte contre l'exclusion, etc.) ;
(2) des responsables d'institutions telles que le Défenseur des droits, le Commissariat à l'Egalité des Territoires, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme ;
(3) des responsables de syndicats (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT ainsi que le MEDEF) et d'associations (ATD Quart Monde, la Ligue des droits de l'homme, le MRAP, SOS Racisme).
L'annexe méthodologique permet de prendre connaissance, à la fois, de la grille d'entretien et de la liste des personnes interviewées avec un classement par domaine de responsabilité – politique, institutionnel, syndical et associatif.

Terrain politiste aux Pays-Bas :

Un premier voyage à Utrecht et Leiden en octobre 2014 a permis de rencontrer plusieurs personnes clefs, à la fois universitaires, militants et souvent anciens membres de la Commission pour l'égalité de traitement (Jenny Goldschmidt par exemple, ancienne présidente de la Commission pour l'égalité de traitement, ancienne directrice de l'Institut pour les droits de l'Homme de l'Université d'Utrecht (SIM) et Professeure de Droit émérite ou Peter Rodriguez, professeur de droit à l'Université de Leiden, auparavant chargé de recherches à la Maison Anne Frank, ancien commissaire de la Commission pour l'égalité de traitement), qui nous nous ont permis d'identifier davantage d'acteurs essentiels pour cette étude. Nous avions également réalisé un entretien avec deux représentants d'une agence locale (Hanna Nierstrasz et Michel Aben de Artikel 1) et avec un membre actuel du nouveau Collège pour les droits de l'homme, Dick Houtzager. Un deuxième voyage en juin 2015 a ensuite permis de rencontrer des acteurs plus spécialisés au sein de l'infrastructure : la police (Ed Faas) et le service du procureur (Paul Velleman et Ko Huitema du centre

d'expertise national sur les discriminations), ou encore le ministère de l'Intérieur (Suzanne Koelmann), mais aussi d'approfondir la perspective historique grâce à un entretien avec Marcel Zwamborn, qui, en tant que juriste, membre suppléant de l'ancienne commission néerlandaise pour l'égalité de traitement et consultant aux Pays-Bas ou à Bruxelles lutte contre les discriminations depuis les années 1980 ou encore un entretien avec Jeroen de Wildt et Carien Evenhuis, tous les deux anciens membres du groupe de travail interministériel sur la législation antidiscriminatoire du Ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi et activistes féministes depuis les années 1970. Un troisième voyage en octobre 2015 ont finalement permis de compléter et d'interviewer entre autres Cyriel Triesscheijn, Directeur de RADAR, une des plus anciennes locales des Pays-Bas et de « Artikel 1 », également agence locale devenue centre d'expertise pour le réseau d'agences locales du Pays ou Natasja Moritz, conseillère principal pour la lutte contre les discriminations du Ministère des Affaires Sociales et de l'Emploi.

Terrain juridique :

Constitution du corpus jurisprudentiel en droit administratif :

Pour vérifier l'hypothèse de départ, la méthode a consisté à recenser systématiquement les arrêts du Conseil d'Etat, les jugements des Cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs répertoriés sur le site Légifrance et contenant l'occurrence « loi du 27 mai 2008 » ou « discrimination », de manière à mettre en évidence les arrêts mobilisant effectivement le droit des discriminations issu de la transposition des directives européennes. Ce corpus jurisprudentiel a été enrichi par les arrêts répertoriés dans la base de données du Défenseur des droits, grâce à l'aide de Martin Clément, ce qui a permis d'intégrer les affaires pertinentes relatives au principe d'égalité. Ce corpus a complété celui précédemment établi lors de l'étude sur les discriminations dans l'emploi réalisée pour la Halde en 2011, en l'actualisant et en y ajoutant 1) les jugements des juridictions ordinaires, 2) les affaires relatives à l'accès aux biens et services (l'étude précédente ne concernait que l'emploi). En outre, la focale a été mise sur l'usage du droit des discriminations par les requérants et les juges.

Pour les entretiens, le questionnaire qui est une adaptation du questionnaire des politistes a été envoyé à des magistrats rapporteurs ou rapporteurs publics ayant eu à traiter des affaires de discriminations. Il ne s'agissait pas, là encore, d'une enquête de terrain visant à interroger l'ensemble des magistrats de manière exhaustive, mais de cibler ceux qui ont rapporté sur des affaires pour lesquelles la solution témoignait d'une avancée, d'une résistance ou soulevait simplement une question intéressante. Certains ont répondu et ont même eu la gentillesse de nous envoyer spontanément certaines de leurs conclusions sur les affaires en question.

Constitution du corpus jurisprudentiel en droit civil :

L'étude jurisprudentielle en droit civil et commercial de la Cour de cassation dans le domaine du droit des personnes, du droit des contrats et du droit de la famille à la lumière du droit européen a été complétée par une étude de 2236 arrêts sur la base de données de la Cour de cassation Jurica des arrêts des Cours d'appel (1ère et 2ème chambre civile), notamment dans le domaine contractuel des biens et services.

Constitution du corpus jurisprudentiel en droit du travail :

Le nombre d'arrêts analysés s'élève à 3146 arrêts de cours d'appel (JURICA) en sachant que certaines requêtes par mot clé entraînent beaucoup de recoupements et reprennent les mêmes arrêts déjà analysés. Pour les entretiens, sur les 27 courriers formels envoyés à la Cour de cassation et aux secrétaires généraux des différentes cours d'appel sélectionnées en fonction de leur jurisprudence sur la question (Versailles, Colmar, Reims, Bastia, Aix, Metz, Orleans, Paris, Rennes, Dijon, Limoges, Lyon, Rouen, Toulouse, Montpellier, Besançon, Poitiers, Grenoble, Bordeaux , Nancy, Amiens, Bourges, Chambery, Douai, Rioms, Agen), la Cour de Cassation (un membre actuel et un ancien membre) et 4 Cours d'appel ont répondu, notamment au questionnaire envoyé par la suite par écrit ou de vive voix (discussion de 1 heure en moyenne). Même si le nombre de réponses laisse réellement à désirer, la qualité et la longueur des retours sont significatifs.

PRINCIPALES CONCLUSIONS

Le droit de la non-discrimination dans sa mise en œuvre semble freiné par diverses disparités et ambivalences. Des ambivalences tiennent au décalage entre, d'un côté, la présence non négligeable du contentieux dans certains domaines (droit du travail, droit administratif) et la volonté d'introduire une action de groupe et d'autres critères (précarité sociale) et, de l'autre, la résistance des responsables institutionnels et des politiques à l'inflation du contentieux, la mobilisation de certains critères uniquement et l'absence de visibilité de certaines discriminations dans la jurisprudence.

Ressortent également des disparités internes à la jurisprudence relatives à la forte résistance à l'application du droit de la non-discrimination en matière civile par rapport au contentieux administratif et celui en droit du travail. En outre, il existe une disparité entre un contentieux individuel de plus en plus fourni et un contentieux collectif encore en gestation.

Est mise en évidence une disparité entre un discours valorisant la prévention des discriminations et un discours de diversification des sanctions qui perdure pour les discriminations les plus graves (racisme, antisémitisme). Enfin se banalise un discours de simplification du droit qui contraste avec une complexité grandissante de l'acte discriminatoire prohibé (qui peut être plus subtile, implicite, multiple, systémique, couplé au harcèlement et à l'atteinte aux libertés) et une multiplication des critères discriminatoires, sans réelle appropriation par les acteurs de leurs contours.

En somme, cette ambivalence et ses disparités dans la mise en œuvre du droit de la non-discrimination semblent signifier l'absence d'une réelle *politique antidiscriminatoire* qui prendrait le « droit au sérieux »,[11] en dehors des actions du Défenseur des droits qui ne peut être ni juge, ni partie, et de l'évolution récente vers l'adoption d'une action de groupe en matière de discriminations.[12] Une *politique antidiscriminatoire* a déjà été envisagée par le rapport soumis à F. Rebsamen dans le domaine du travail (mai 2015). Elle pourrait être déclinée en plusieurs volets coordonnés aussi en dehors de l'emploi. Le premier volet peu visible, en dehors de l'action du Défenseur, est une *politique anticipatrice* de mise en conformité proactive au droit de la non-discrimination par les acteurs qui doivent l'appliquer

[11] Selon l'expression consacrée de Ronald Dworkin.
[12] Voir supra (partie en droit du travail)

(autorités publiques, entreprises). Cette réactivité au droit se traduirait par des guides techniques de « compliance » (directives d'appropriation du droit[13]) au-delà des stratégies publiques et patronales relatives à la prévention des discriminations par la promotion de la diversité.[14] Selon les résultats des politistes et ceux en droit civil, les craintes portant sur le « multiculturalisme/communautarisme » ou sur l'intrusion de « théories étrangères » au droit français (comme ladite « théorie du genre ») constituent des facteurs de frein à la sensibilisation aux risques de discrimination selon les secteurs (privés et public) et selon les critères.

Le deuxième volet qui apparaît peu, en dehors de l'action du Défenseur des droits, c'est la présence d'organes de la société civile qui réfléchissent et mettent en œuvre des stratégies contentieuses et de médiation dans des domaines précis de lutte contre les discriminations (selon les critères, selon la nature des discriminations, selon les domaines d'activité comme le droit de la famille et des personnes, l'emploi, le logement, la santé et les biens et services).[15] Or l'usage de la médiation au lieu du contentieux est apparu comme un enjeu dans les résultats des politistes. En période de crise, les acteurs politiques, institutionnels et syndicaux donnent la priorité à l'emploi et à la cohésion sociale, ce qui les conduit, pour certains, à préférer aux recours en discrimination des moyens d'actions perçus comme moins confrontationnels tels que *la soft law* (bonnes pratiques, RSE, chartes et labels), la médiation et la prévention. L'absence d'information et d'éducation au plan national, de suivi et de veille technique rigoureuse des discriminations selon leur nature entraîne un manque de visibilité de la complexité de la question des discriminations. La plupart des acteurs de la société civile et des responsables politiques interrogés cantonnent leur vision du combat à l'encontre de quelques discriminations comme celles liées à l'origine et au sexe.

La question se pose de savoir si la lutte contre les discriminations n'est pas discréditée, en tout cas dévalorisée, par deux types d'interprétations alternatives. D'une part, la crainte qu'elle se réduise à une forme de combat des minoritaires risquant de diviser la société en autant de groupes aux intérêts divergents et d'accroître la défiance envers l'Etat. Cette interprétation appréhende la non-discrimination comme une potentielle mise en danger de la cohésion sociale. D'autre part, une interprétation est avancée qui considère que la lutte contre les discriminations ne devrait pas se substituer à la lutte sociale. L'adoption, sans grande difficulté, d'un nouveau critère de discrimination liée à la précarité sociale pourrait refléter en partie cette perspective.

[13] L'idée de *compliance* est courante à l'étranger : il s'agit d'anticiper l'application des normes antidiscriminatoires pour éviter leur violation au lieu d'être dans une certaine passivité vis à vis de l'exigence des normes et ensuite d'être dans une stratégie défensive suite à des poursuites judiciaires.

[14] Voir le Rapport d'un groupe de travail sur les discriminations pour le ministre du travail et celui de la ville du 19 mai 2015.

[15] Des associations existent qui interviennent dans l'emploi ou au recrutement mais à ce stade, privilégient plutôt le droit pénal et certaines associations interrogées en droit du travail souhaitent s'engager dans la médiation plutôt que le contentieux.

PISTES DE REFLEXIONS

Pour mener une politique antidiscriminatoire, il faudrait une action cohérente, à plusieurs échelles, qui articule les outils propres au contentieux avec le précontentieux et les alternatives au contentieux. Le projet de loi sur l'action de groupe qui s'appliquera au droit civil, droit du travail et droit administratif[16] s'achemine dans le sens d'une reconnaissance plus structurelle des causes des discriminations. Pour l'instant, les actions de prévention de la discrimination en entreprise et de promotion de la diversité peuvent devenir des actions de défense au tribunal en cas de violation de la loi. La mise en œuvre du principe de non-discrimination suppose l'accès en amont à l'information sur le droit de la non-discrimination et les situations discriminatoires les plus fréquentes pour faciliter les modes d'appropriation de ce droit par les victimes, les juges et les autorités publiques.

Dans cette perspective d'avenir, soutenue par le droit européen, un suivi des stratégies contentieuses et non contentieuses de la société civile en matière de lutte contre les discriminations serait souhaitable à la lumière des nouveaux outils juridiques à sa disposition (nouvelle action de groupe, nouveaux critères de discrimination).

[16] Projet de loi Justice XXIème siècle, précité en débat de nouveau devant l'A.N. du 11 au 13 juillet 2016 : http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/justice_21e_siecle.asp